Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie

di

Roberta Tiscini

Sommario: 1. Piano dell'indagine. – SEZIONE I. GIUDICE E AVVOCATI TRA GIUSTIZIA COMPLEMENTARE E PROCESSO CIVILE INCLUSIVO. – 2. Composizione del confitto o decisione della controversia, tra logica avversariale e giustizia complementare. – 3. Gli avvocati e la giustizia complementare. Il verbale di conciliazione giudiziale e l'istruzione stragiudiziale degli artt. 4 *bis* e 4 *ter* d.l. n. 132/2014. – 4. Il ruolo del giudice nella giustizia complementare. La mediazione demandata e la formazione dei magistrati. – 4.1. La conciliazione giudiziale. – 4.2. Segue: la formulazione della proposta conciliativa. – 5. La giustizia contrattualizzata. Profili di diritto sostanziale. – 5.1. Segue: La giustizia contrattualizzata. Profili processualistici (il cd. processo civile inclusivo). – 5.2. Il processo civile inclusivo tra tutela degli interessi sostanziali e gestione delle dinamiche processuali. Rinvio. – SEZIONE II. GIUDICE E AVVOCATI NEL NUOVO PROCESSO CIVILE. – 6. Considerazioni introduttive. – 7. Le modalità alternative di gestione dell'udienza. – 7.1. Le udienze e l'oralità. – 7.2. Modalità di gestione delle udienze, dialogo tra i professionisti legali e processo inclusivo. – 8. Il rito semplificato di cognizione. Cenni introduttivi. – 8.1. Il ruolo del giudice e degli avvocati nell'alternanza tra riti e nella storia. – 8.2. Segue: e nel procedimento semplificato di cognizione. – 8.3. Segue: giudice, avvocati e garanzia del contraddittorio. – 9. Il nuovo modello processuale di rito ordinario, nella fase anteriore all'udienza. – 9.1. Dalle verifiche preliminari alle memorie integrative. – 10. Le prassi giudiziarie quale punto di equilibrio tra giudice, avvocati e garanzia del contraddittorio. – 11. Brevi ritorni sulla "giustizia contrattualizzata", tra disponibilità e indisponibilità delle regole processuali. – 12. I protagonisti del processo e la Corte di cassazione. Il rinvio pregiudiziale dell'art. 363 *bis* c.p.c. – 12.1. Il procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili e manifestamente infondati. – SEZIONE III. L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA GIUDICE E AVVOCATI – 13. L'intelligenza artificiale tra giudice e avvocati. Considerazioni introduttive. – 13.1. Intelligenza artificiale e fasi del processo. – 13.2. A che serve l'IA. Una domanda a cui dare risposta con lo sguardo rivolto alle professioni legali. – 13.3. In difesa delle professioni legali al cospetto dell'IA.

1.Piano dell'indagine.

Il tema del ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie può essere affrontato sotto diversi profili, mutevoli a seconda di quale sia l'angolo visuale prediletto[1]: si può insistere sul "ruolo", e guardare così alle professioni legali dal lato del loro statuto, dell'organizzazione ordinistica, ponendone in risalto, sul piano tecnico, le competenze, i doveri, i diritti, le responsabilità; alternativamente, si può sviluppare un'indagine che guardi alla "gestione" delle controversie (all'interno della quale si collocano i rispettivi ruoli), alla ricerca del dialogo ragionato e costruttivo, tra di loro, quale deve essere il processo. La mia scelta si orienta in questa seconda direzione, la migliore in grado di individuare i punti di incontro tra "ruolo" e "gestione" delle controversie.

È bene muovere da subito dalla consapevolezza del fatto che le esigenze di oggi non divergono di molto da quelle del passato. Lo conferma l'utile confronto con le Conferenze messicane di Piero Calamandrei (un ciclo di Conferenze tenute presso la *Facultad de derecho* della *Universidad nacional autónoma* del Messico nel 1952), nelle quali si rinvengono descrizioni, riflessioni, auspici al fondo corrispondenti a quelli che caratterizzano l'ordinamento vigente, emergendo evidente l'esigenza che tra giudice e avvocati sia preservata una relazione di fiducia, tale da assicurare un confronto costante per il raggiungimento del migliore risultato di giustizia (un dialogo che – a volergli dare un nome – può chiamarsi "contraddittorio").

In una di tali lezioni (la seconda intorno a «Giustizia e politica: sentenza e sentimento»)[2], Calamandrei scrive: «si dice comunemente che il processo, civile o penale, si può rassomigliare a un dramma: come in un dramma, infatti, si svolge in esso una successione di atti compiuti da diverse persone in forma dialogica, con distinzione in diversi episodi concatenati, che trovano il loro scioglimento, come in un epilogo, nella sentenza […]. Ora tutti ben sappiamo che altro è

---

[1] Qualunque riflessione intorno alle funzioni del giudice e degli avvocati è parziale. Nota Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia,* in *Riv. dir. proc.,* 2021, 1155 ss., spec. 1163, in un discorso in cui il ruolo del giudice è collocato in più ampie considerazioni sulla separazione dei poteri, come «la storia della magistratura e l'evoluzione della giustizia in questi settant'anni di vita repubblicana sono, pertanto, la storia del progressivo mutamento del ruolo del giudice, cui si è affiancato quello della magistratura requirente, che da operatore di un procedimento prevalentemente sussuntivo si va trasformando in un realizzatore di valori e che va oltre, alla ricerca di un'etica dei comportamenti. Il giurista deve prendere coscienza di questa evoluzione ed è chiamato a ragionare sull'attualità dell'assetto istituzionale, che non è più quello che aveva ispirato i costituenti». Il ruolo dei professionisti legali è influenzato da molteplici valori ordinamentali, su cui si erige il sistema processuale (non solo i valori costituzionali, ma anche quelli sociali, economici, politici, culturali). Riservando qui l'attenzione alla posizione dei professionisti legali all'interno del giudizio, alle reciproche relazioni, al loro rapporto con le parti, resteranno in disparte i profili istituzionali relativi alla posizione che tali soggetti ricoprono nell'ordinamento, i rispettivi doveri, diritti e responsabilità, nonché – con specifico riferimento agli avvocati – le incisive riforme che hanno interessato negli ultimi anni la professione forense (su cui per tutti, Cavagnari-Caldara, *Avvocati e procuratori,* ed. a cura di Alpa, Bologna 2004). Neppure saranno indagati i temi che ruotano intorno ai doveri di lealtà e probità, o all'obbligo di verità (su cui si rinvia all'approfondita trattazione di Gradi, *L'obbligo di verità delle parti,* Torino, 2018, *passim*).

[2] Calamandrei*, Processo e democrazia. Conferenze tenute presso la Facoltà di diritto dell'università nazionale del Messico,* Padova, 1954. Oggi in *Opere giuridiche,* I, a cura di Cappelletti, Napoli, 1965, 618-702, nonché in *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei,* a cura di Bindi-Groppi-Milani-Pisaneschi, Pisa, 2019, 43 ss. In un discorso che coinvolge le professionalità di giudice ed avvocati, le lezioni messicane sono centrali, non solo perché «sintesi del suo pensiero di studioso di questi anni» (dal 1946 al 1956, anni del suo ricco proliferare di 493 scritti, solo una ventina dei quali in materia di processo civile), ma anche perché si tratta di «una sintesi tanto più importante se si pensa che furono gli ultimi anni della sua vita e se si nota che ne trapelano vedute radicalmente mutate intorno a snodi cruciali della giustizia civile e a proposito dello scopo del processo, del senso delle sue regole, del metodo per indagarlo, del ruolo per coloro che vi partecipano» (così Panzarola, *Una lezione attuale di garantismo processuale. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei,* in *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei,* cit., 87 ss., spec. 88). È un'opera che «si protende in avanti e ci fornisce un insostituibile aiuto per affrontare le urgenti questioni che attualmente sovrastano studiosi, avvocati, giudici, cittadini ecc. tutti quanti alle prese con la lacerata trama della giustizia civile, tutti quanti premuti sotto la cappa opprimente dell'*ausnahmezustand* (di quello "stato di eccezione" incistato nel tormentato periodo storico che viviamo» (Panzarola, *op. loco cit.*).

leggere un dramma stampato, così com'è stato scritto dall'autore, e altro è vederlo rappresentato da un grande attore che nella interpretazione teatrale lo ricrea e lo trasfigura. Anche nel processo accade qualcosa di simile: le leggi di procedura sono ricreate e trasfigurate dalle persone che le traducono in atti processuali concreti, ossia, si potrebbe anche dire, dai "personaggi" che le rappresentano e le interpretano sulla scena giudiziaria. Con questo in più: che mentre nei drammi teatrali il dialogo è tutto scritto in anticipo, battuta per battuta, nel dramma giudiziario, il diritto processuale prestabilisce soltanto una serie di schematici e astratti modelli, cornici vuote che volta per volta devono essere riempite di parole scritte o parlate, da coloro che in concreto partecipano al singolo giudizio. Il diritto processuale somiglia molto, per questo, al "canovaccio" della commedia dell'arte: dove, entro lo schema della propria parte, i personaggi recitavano "a soggetto", ossia improvvisando»[3]. Vi è un'attenzione particolare per il «costume giudiziario», a cui va il merito di dare colore o chiaroscuri e rilievo al diritto scritto, collocando così in primo piano l'aspetto umano nella sceneggiatura che è il processo[4] (approccio, quest'ultimo, che cercherò di seguire anche nelle mie riflessioni). Trapela una mutevolezza nelle dinamiche processuali inevitabilmente condizionata dai contesti sociale, economico, ordinamentale, i quali a loro volta plasmano il ruolo dei professionisti legali all'interno della dinamica giudiziaria.

Di qui la necessità di distinguere passato e presente, ma al contempo di trovare i relativi punti di contatto – che cercherò di evidenziare – perché la ricerca (vana) di ieri per il migliore sistema giudiziario possibile, alla fine dei conti, corrisponde a quella attuale, pur affacciandosi all'orizzonte situazioni nuove (e pericolose[5]).

Il discorso si dividerà in tre parti. La prima sarà dedicata alle nuove professionalità che avvocati e giudice sperimentano nella soluzione della controversia con strumenti consensuali (anche giurisdizionali, ma non fondati sulla logica avversariale). La seconda parte sarà destinata ad indagare il ruolo del giudice e degli avvocati in alcuni episodi esemplificativi del rinnovato processo – come consegnatoci dalla riforma Cartabia – con particolare attenzione a quelli che meglio evidenziano il rapporto dialogico tra i professionisti. La terza parte del lavoro si concentrerà sul futuribile, su ciò che il processo – e con esso avvocati e giudice – è destinato a diventare al cospetto dell'intelligenza artificiale.

SEZIONE I.
GIUDICE E AVVOCATI TRA GIUSTIZIA COMPLEMENTARE E PROCESSO CIVILE INCLUSIVO.

2. Composizione del confitto o decisione della controversia, tra logica avversariale e giustizia complementare.

---

[3] Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 46.

[4] «Chi legge il volume avverte subito un dato: ogni argomento è trattato mettendo in primo piano l'aspetto umano della disamina giuridica; più della logica, più della tecnica, più dell'esegesi rigorosa delle norme, conta il *sentire* dell'uomo per Piero Calamandrei» (Scarselli, *Attualità delle lezioni tenute in Messico da Piero Calamandrei nel febbraio del 1952,* in *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei,* cit., 127 ss.).

[5] *Infra* sezione III.

Nello sviluppare il tema assegnatomi, parto dalla fine, dal risultato a cui dovrebbe puntare il giudizio. Non corrisponde più al vero che il suo obiettivo è (sempre e solo) avere una sentenza "giusta", nel senso di attributiva di torti e ragioni secondo la logica avversariale[6]. Oggi grande attenzione è riservata alla cd. giustizia complementare[7], metodi alternativi di componimento delle liti di tipo autonomo[8], che non implicano una rinuncia alla giurisdizione (come l'arbitrato, il quale, pure, da tempo è oggetto di interesse di una legislazione che non esista a promuoverne la diffusione), ma che si insinuano all'interno di questa nell'auspicio che un accordo tra le parti possa

---

[6] Piero Calamandrei, nelle Conferenze messicane, non si sofferma sulla possibilità che il giudice e le parti (gli avvocati) siano chiamati a (o scelgano di) gestire il contenzioso invocando strumenti di componimento delle liti diversi dal tradizionale modo di intendere la decisione giudiziale secondo diritto. Egli ha la consapevolezza che anche nell'ordinamento dell'epoca era possibile trovare «numerosi esempi di processi nei quali al giudice che deve far giustizia si chiede un'operazione molto diversa da quella consistente nell'applicazione rigorosa delle leggi precostituite» (Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 49). È conscio del fatto che il processo – inteso quale mezzo per attribuire i beni della vita mediante l'attuazione della legge (rinviando così al pensiero di Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 3ª ed., 131) – è suscettibile di continui cambiamenti in quanto esposto ad elementi variabili (che incidono sull'interpretazione della legge processuale), quali il contesto politico e quello sociale e che «anche nei sistemi dell'Europa continentale si trovano numerosi esempi di "giurisdizioni di equità", o di collegi arbitrali composti da "amichevoli compositori", i quali cercano la giustizia del caso singolo traendo ispirazione non dalla legge, che non li vincola, ma da quel senso di equità vivente nella loro coscienza, che detta loro la decisione più conveniente e più aderente alle circostanze del singolo caso» (Calamandrei, *op. cit.*, 50). A ben vedere, il pensiero del Maestro corre verso lidi fortemente condizionati dalla storia del suo tempo. Egli descrive il fenomeno con gli occhi dell'epoca, solo vagamente prospettando una realtà oggi al centro dei dibattiti sotto altri profili: quella legata alla possibilità di una conclusione del giudizio che non sia fondata sull'attribuzione di torti o ragioni, bensì che punti alla pacificazione dei litiganti prospettando soluzioni non strettamente corrispondenti all'applicazione della legge al caso concreto. Si tratta di una vicenda ricondotta, nelle parole calamandreiane, alla decisione equitativa o a quella resa da "amichevoli compositori" che non assolvano perciò alla funzione giurisdizionale propriamente detta; di una vicenda, tuttavia, che se guardata con gli occhi della modernità, riconduce agevolmente alla cd. giustizia complementare.

[7] L'uso dell'espressione "giustizia complementare", piuttosto che quella più diffusa di "giustizia alternativa" o di "giustizia consensuale" – tutte rappresentative dei modelli di soluzioni del contenzioso alternativi alla giurisdizione – è frutto di una consapevole presa di posizione della recente riforma Cartabia, del d.lgs. n. 149/2022 (che nel prosieguo della trattazione evocherò come "riforma Cartabia"). Si conferma così l'idea che tra giurisdizione e ADR vi debba essere un rapporto di "complementarietà", tale da giustificare una collaborazione reciproca degli uni con l'altra in modo da assicurare efficienza e celerità nella tutela dei diritti. Della natura "complementare" delle soluzioni negoziali rispetto alla tutela giurisdizionale aveva consapevolezza da tempo la migliore dottrina (Caponi, *Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa* [2005], ora in *Dogmatica giuridica e vita. Studi di giustizia civile*, tomo I, Giuffrè, Milano, 2022, 325; Id., *Processo civile: modelli europei, riforma Cartabia, interessi corporativi, politica*, in *Quest. Giust.* 2023, 29 ss.).

La separazione tra metodi "autonomi" ed "eteronomi" di componimento della lite richiama alla mente la distinzione tra "giustizia alternativa" e "alternativa alla giustizia" (Luiso, *Giustizia alternativa o alternativa alla giustizia?*, in *www.Judicium.it*, § 1 e in *Giusto proc. civ.,* 2011, 325). La prima – strumento "eteronomo", come la giurisdizione – punta a rendere una decisione, ad individuare regole di condotta contenute in un atto che, in quanto idoneo a risolvere una controversia, è vincolante per le parti (in questo caso, il terzo, per determinare il contenuto dell'atto in questione, ha a disposizione solo la verifica della realtà giuridica sostanziale preesistente). Qui si colloca l'arbitrato. L'"alternativa alla giustizia" – mezzo "autonomo" – è invece costituita dagli strumenti che per il componimento del conflitto prescindono dalla verifica della realtà sostanziale preesistente ed hanno natura negoziale fondandosi sulla sola positiva valutazione di opportunità dell'accordo (sugli interessi delle parti, piuttosto che sulla fondatezza delle pretese). Tra le "alternative alla giustizia" si collocano il fenomeno conciliativo, in generale, la mediazione civile e commerciale e la negoziazione assistita. Sul *distinguo*, in relazione alle rispettive finalità, Bulgheroni, *I metodi di risoluzione delle controversie,* in Bulgheroni-Cuomo Ulloa-Della Vedova-Ventura, *Procedimento e metodi per la composizione dei conflitti,* Bologna, 2018, 1 ss., spec. 5 ss.

incidere sul processo, o evitandolo del tutto (mediazione o negoziazione assistita) ovvero consentendone la conclusione anticipata (conciliazione giudiziale o demandata dal giudice)[9].
Si affaccia così la negozialità quale elemento centrale delle dinamiche processuali, la possibilità cioè che un accordo tra le parti ponga fine alla lite, a prescindere dalla decisione giusta (dall'accertamento della realtà sostanziale), e solo perché gli interessi emersi dal confronto reciproco sono tali da indurre le parti a preferire la soluzione consensuale piuttosto che quella aggiudicativa. Di negozialità, nella vicenda processuale, si parla oggi pure in modo diverso, quando essa fa ingresso nel processo stesso incidendo sulle sue dinamiche (siamo nell'ambito della giustizia contrattualizzata su cui tornerò nel prosieguo[10]).
Quanto agli strumenti autonomi di componimento della lite – a legislazione vigente, l'attenzione va riservata alla mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010 ed alla negoziazione assistita dagli avvocati del d.lgs. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014 – ci si può illudere che le ragioni di una così insistente promozione a loro favore (promozione a cui non si è sottratta neanche la riforma Cartabia, che ne ha fatto anzi uno dei principali motivi di vanto) risiedano nei vantaggi che essi possono assicurare[11] (non ultimo, quello di condurre ad un rinnovato incontro delle volontà dei paciscenti che dovrebbe far ben sperare circa l'assenza di un seguito verso altre forme di contenzioso, *in primis* quella esecutiva). Di contro, nella realtà, l'intento promozionale verso le ADR ha un fondamento meno ideologico e più pragmatico: la degiurisdizionalizzazione, nell'auspicio che, se le parti si accordano, al processo non si giungerà mai (o terminerà prima). L'implementarsi dei modelli di soluzione negoziale della lite – la cui introduzione sulla scena del

---

[9] Sul rapporto tra gli strumenti conciliativi e la tutela giurisdizionale, in un inquadramento generale di quest'ultima, Chizzini, La *tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907,* in *Il codice civile. Commentario,* fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018, 299.

[10] *Infra* §§ 5.1., 5.2., 11.

Ampio il dibattito intorno a vantaggi e svantaggi dell'uno e dell'altro metodo di soluzione del contenzioso (sul tema, per tutti, e senza pretese di completezza, Luiso, *Diritto processuale civile,* vol. V, Milano, 2021, 14 ss.; Id., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Torino, 2021, 188; Id., *La conciliazione nel quadro della tutela dei diritti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, 1201; Id., voce *Conciliazione*, in *Il diritto. Enc. giur.*, Milano, 2007, 501; Punzi, *Conciliazione e arbitrato,* in *Riv. dir. proc.,* 1992, 1030; Besso, *Inquadramento del tema: lo sviluppo del fenomeno della risoluzione alternativa delle controversie,* in Besso (a cura di), *La mediazione civile e commerciale,* Torino, 2010 ss., spec. 9; Capponi, *La domanda di giustizia: deflazione e/o risposte differenziate?,* in Alpa-Danovi (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura,* Milano, 2004, 101; Biavati, *Conciliazione strutturata e politiche della giustizia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2005, 785; Graziosi, *Media-conciliazione e negoziazione assistita: i limiti o incentivi alla deflazione del contenzioso civile?,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2019, 37 ss.; Capobianco, *I criteri di formulazione della c.d. proposta "aggiudicativa" del mediatore*, in *www.Judicium.it*, § 1; Carnevali, *La nuova mediazione civile*, in *contratti*, 2010, 437; Tiscini, *La mediazione civile e commerciale. Componimento della lite e processo nel d.lgs. n. 28/2010 e nei d.m. nn. 180/2010 e 145/2010,* Torino, 2011, 1 ss.; Cuomo Ulloa, *La mediazione,* in Bulgheroni-Cuomo Ulloa-Della Vedova-Ventura, *Procedimento,* cit., 21 ss.).

diritto processuale è novità relativamente recente e al contempo dirompente[12] – impone ai tecnici del processo di ripensare alle proprie funzioni. In un sistema giurisdizionale di tipo tradizionale, il giudice decide la controversia e gli avvocati sostengono le sorti delle parti ponendo al servizio di queste ultime le competenze tecniche necessarie per affrontare le complessità del giudizio (il processo si proietta dunque verso la logica avversariale). In un contesto in cui, invece, l'obiettivo da perseguire – altro rispetto alla fondatezza della pretesa vantata – è favorire l'emersione degli interessi, il terzo diventa il facilitatore di un accordo negoziale e i ruoli tra quest'ultimo e difensori delle parti si alterano e, in parte, confondono. Il giudice può essere mediatore, come anche possono assumere una funzione conciliativa gli stessi avvocati; e così le competenze un tempo chiaramente delineate nel contesto giurisdizionale cambiano struttura e obiettivi.
Gli avvocati – pur all'interno di dinamiche per la cui gestione sono richieste conoscenze ulteriori rispetto a quella giuridica, le tecniche di mediazione, al fine di meglio condurre le trattative – restano centrali come professionisti della legge (assicurando un apporto che non può mancare per la costante relazione che la via stragiudiziale conserva con il processo). Anche ai giudici è riservata una posizione di prim'ordine nelle fasi conciliative (giudiziali o stragiudiziali). Qualcosa però cambia nelle rispettive collocazioni all'interno della dinamica processuale. Il tema richiederebbe una trattazione a sé stante, che però porterebbe fuori strada rispetto agli obiettivi prefissati. Proporrò quindi pochi esempi dimostrativi delle mutate sembianze di giudice e avvocati nell'ambito della giustizia complementare.

3.Gli avvocati e la giustizia complementare. Il verbale di conciliazione giudiziale e l'istruzione stragiudiziale degli artt. 4 bis *e 4* ter *d.l. n. 132/2014.*

Il fenomeno trova la sua genesi nel mondo anglosassone, in particolare negli Stati Uniti, negli anni '70, sviluppandosi prima come movimento di pensiero e poi attraverso più incisivi interventi legislativi (sul tema, Auerbah, *Justice without law?,* New York-Oxford, 1983). Una ricostruzione in De Palo-Guidi, *Relazione alternativa delle controversie – ADR nelle Corti federali degli Stati Uniti,* Milano, 1999; Cuomo Ulloa, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2000, 1283; Id., *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, *passim*; Danovi R., *Le ADR (*alternative dispute resolutions*) e le iniziative dell'Unione Europea,* in Alpa-Danovi (a cura di), *La risoluzione stragiudiziale delle controversie e il ruolo dell'avvocatura,* cit., 3 ss.; Besso, *Inquadramento del tema,* in *La mediazione civile,* cit., 18 ss. È dunque l'ordinamento anglosassone che ha alimentato la diffusione della soluzione negoziale delle liti impostandone lo studio come nuovo modello culturale da seguire, sia per le sue intrinseche qualità, sia per i vantaggi in termini di degiurisdizionalizzazione. Si sviluppa l'idea che la composizione della lite possa avvenire attraverso strumenti che prediligano i bisogni delle parti piuttosto che la fondatezza giuridica del *decisum*. Da vicenda culturale, essa diventa presto oggetto di interesse legislativo, con un primo intervento risalente al *Dispute resolution act* del 1980 (poi seguito da diversi aggiornamenti nel tempo). In Italia, non manca l'interesse della dottrina più aperta al confronto con le esperienze straniere, nella prospettiva dell'efficienza di quelle interne (Promotore dei modelli di ADR è Mauro Cappelletti, il quale, nel contesto del "movimento sull'accesso alla giustizia", nella sua terza fase, approfondisce il tema della giustizia alternativa alla tutela giurisdizionale (Cappelletti-Garth, *Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective*, in *27 Buffalo L. review,* 1978, 181; Cappelletti-Garth-Trocker, *Access to Justice – Variations and Continuity of a World-wide Movement,* in *Rabels zeitschrift,* 1982, 664; Cappelletti, *Alternative Dispute Resolution Process within the Framework of the World-wilde Access to Justice Movement,* in *56 Modern L. review,* 1993, 282). In ricordo della monumentale ricerca di Mauro Cappelletti su *Access to justice,* Carpi, *Note sull'accesso alla giustizia,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2016, 835. Cfr. anche – *ex pluribus* – Chiarloni, *Nuovi modelli processuali,* in *Riv. dir. civ.,* 1993, 269; Punzi, *La conciliazione extragiudiziale e l'arbitrato,* in *Atti del convegno sul nuovo processo civile,* Roma, 1993, 21.

La centralità del legale nel procedimento di mediazione trova la sua acme nella fase conclusiva, quando occorre attribuire efficacia esecutiva all'accordo conciliativo[13]. Ove infatti tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite dagli avvocati (nei casi in cui quest'ultima è condizione di procedibilità della domanda – sicché l'assistenza legale è obbligatoria – ovvero quando le parti stesse hanno liberamente optato per la rappresentanza tecnica), l'accordo che sia stato sottoscritto dalle parti e dagli stessi avvocati è titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, oltre che titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (art. 12, comma 1, d.lgs. n. 28/2010). Agli avvocati è poi demandato il compito di certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative e all'ordine pubblico (art. 12, comma 1, seconda parte, d.lgs. n. 28/2010). In tutti gli altri casi, per acquisire efficacia di titolo esecutivo, l'accordo allegato al verbale va omologato, su istanza di parte, con decreto del presidente del tribunale, previo accertamento della regolarità formale e del rispetto delle norme imperative e dell'ordine pubblico (art. 12, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 28/2010). Di là dall'evidenziare una certa contraddizione – sul piano teorico – nell'immaginare contendenti che giungono ad un accordo e che al contempo prevedono un inadempimento (spontaneo) che imporrà di accedere all'esecuzione forzata, è evidente come dietro tale previsione si nasconda l'intento promozionale a favore dello strumento conciliativo: l'equiparazione tra titolo giudiziale e verbale di conciliazione stragiudiziale ha infatti il pregio di assicurare alle parti una protezione equivalente – per il caso dell'inadempimento – nell'auspicio che ciò possa indurre le parti stesse ad optare per la via stragiudiziale in luogo di quella giudiziale.
Quanto al ruolo degli avvocati nel procedimento di formazione del titolo, è evidente l'esigenza di riconoscere il dovuto spazio alla professione forense, in una fase che – nella peggiore delle ipotesi – si rivelerà prodromica al processo e che su quest'ultimo riverserà vari effetti[14] (spazio che ben si coordina con la competenza dell'avvocato di assistere la parte nel procedimento di mediazione). Quand'anche infatti si voglia premere l'acceleratore sul fatto che la mediazione (come pure la negoziazione assistita) richiedono specializzazioni ulteriori rispetto a quella giuridica (si tratta di procedimenti fondati sulle tecniche negoziali che presuppongono una inclinazione allo studio dell'umano sentire, oltre che una conoscenza specialistica della materia che è oggetto di contesa), è vero pure che il profilo giuridico delle questioni dedotte in lite, nonché l'elevato tecnicismo delle dinamiche procedimentali, non consentono di relegare in una posizione residuale la competenza giuridica che solo lo specialista del mondo forense può esprimere.
Tuttavia, ciò non basta per giustificare la diversa efficacia di titolo esecutivo riconosciuta all'accordo di mediazione a seconda che nel procedimento le parti siano o meno assistite dal proprio legale. Se davvero il documento consacrato nel titolo può avere efficacia esecutiva in quanto rappresentativo – pur nella sua astrattezza – di un diritto sostanziale sottostante, non si vede bene quale maggiore affidabilità possa essere riconosciuta all'accordo raggiunto alla presenza degli avvocati, rispetto al caso in cui le parti abbiano agito autonomamente (in entrambi i casi il titolo

---

[13] Sul tema, Licci, *L'efficacia esecutiva del verbale di conciliazione nella mediazione civile e commerciale,* in Tiscini (a cura di), *Titolo esecutivo ed efficienza della tutela giurisdizionale,* Napoli, 2020, 205 ss.

[14] Intorno alle conseguenze sulle spese di lite nel processo della precedente fase conciliativa in cui il giudice abbia formulato una proposta (rifiutata), vd. l'art. 13 d.lgs. n. 28/2010. Circa le conseguenze processuali della mancata partecipazione al procedimento di mediazione, vd. l'art. 12 *bis* d.lgs. n. 28/2010. Quanto invece alla possibilità di produrre in giudizio la relazione dell'esperto nominato dal mediatore, cfr. l'art. 8, comma 7, d.lgs. cit. Resta comunque un generale vincolo di segretezza ed inutilizzabilità delle informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione. Sul tema, per tutti, Dalfino, *Mediazione civile e commerciale,* 2ª ed., Bologna, 2022*,* 436 ss. e 520 ss.

vale quale contratto tra le parti). Il fatto è che da tempo ormai si è acquisita consapevolezza di come sia altamente discrezionale la scelta legislativa di accordare efficacia esecutiva ad alcuni atti piuttosto che ad altri[15] e di come la loro "astrattezza" consenta di abilitare all'azione esecutiva, a prescindere dall'effettiva affidabilità del titolo stesso in quanto correttamente rappresentativo del diritto sostanziale sottostante.

Piuttosto, a muovere verso la scelta fatta propria dal d.lgs. n. 28/2010 conduce l'esigenza di assegnare all'avvocato la posizione di garante della regolarità della procedura – e dell'atto che ne è conclusione – accordando al professionista stesso il compito di certificare la conformità dell'atto alle norme imperative ed all'ordine pubblico. Anche questo è un ruolo nuovo (o quantomeno insolito) per l'avvocato, ruolo più spesso riconosciuto al giudice nel momento in cui è chiamato a controllare la coerenza minima di atti privati alle regole fondanti dell'ordinamento affinché a tali atti possa essere attribuita efficacia esecutiva (ciò accade proprio nell'omologazione dell'accordo di mediazione, quando le parti non sono assistite dagli avvocati, ai sensi dell'art. 12, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 28/2010). Vi è dunque una sovrapposizione di competenze, nel senso che ciò che un tempo era prerogativa esclusiva del giudice, oggi può non diversamente essere riconosciuto all'avvocato[16].

All'efficacia esecutiva dell'accordo di conciliazione, la riforma Cartabia non apporta significative novità[17]. Precisa solo, nel riformulare il testo dell'art. 12, comma 1, d.lgs. 28/2010, che l'efficacia di titolo esecutivo è direttamente riconosciuta all'accordo di conciliazione qualora tutte le parti aderenti alla mediazione siano assistite "dagli avvocati". Una soluzione analoga è stata adottata dalla stessa riforma Cartabia con riferimento alla negoziazione assistita, la quale – modificata la rubrica del capo II d.l. n. 132/2014, «*procedura di negoziazione assistita da avvocati*»[18] – necessita ora della presenza di almeno un avvocato per parte (ferma restando la possibilità che ciascuna parte sia assistita da più avvocati). Anche in questo caso, l'uso del plurale fuga ogni dubbio – sollevatosi

---

[15] Così Luiso, *Diritto processuale civile,* vol. III, cit., 29 ss.; Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile,* 6ª ed., Torino, 2020, 165 ss. spec. 172.

[16] Quanto al potere del professionista di certificare la corrispondenza dell'accordo alle norme imperative ed all'ordine pubblico, a fronte di chi ritiene che si tratti di un potere inusuale rispetto alle sue tradizionali competenze (Bove, *L'accordo conciliativo,* in *www.Judicium.it,* dal 23 dicembre 2011), si pone chi invece ne ravvisa una funzione con esse coerente, la disposizione nulla aggiungendo ai consueti doveri dell'avvocato, dal momento che – in caso di contrarietà del contratto a norme imperative e all'ordine pubblico, – quest'ultimo avrebbe l'obbligo di rendere edotte le parti della nullità negoziale ai sensi dell'art. 1418 c.c. (Luiso, *Diritto processuale civile,* cit., vol. V, 59). Si può tuttavia osservare che, seppur il controllo di validità di un contratto è attività deontologicamente imposta a qualunque professionista, una cosa è dire che tale controllo rientri e si estingua nell'assistenza legale, altra cosa è invece ritenere che esso sia requisito necessario per accordare ad un atto negoziale l'efficacia esecutiva diversa dalle altre scritture private autenticate.

[17] Su queste ultime, vd. Malatesta, *Commento all'art. 12,* in Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile,* Pisa, 2023, 1323.

[18] È stata dunque eliminata la dicitura «da uno o più avvocati». Conseguentemente, gli artt. 2 *ter*, 4 *bis*, 4 *ter* e 6 d.l. cit. evocano l'assistenza di almeno un avvocato per parte. La necessità che ciascuna parte sia assistita almeno da un avvocato, infatti, se non è agganciata alla logica negoziale, può trovare ragione nei modelli di istruzione stragiudiziale che finiscono per riversare nella negoziazione assistita le caratteristiche del processo (*infra,* in questo §).

nella vigenza del precedente testo normativo[19] – circa la necessità che ciascuna parte sia rappresentata da un proprio legale.
La scelta mi sembra frutto di un formalismo dalla scarsa coerenza logica, e molto più orientato sull'esigenza, anche qui, di promuovere la presenza degli avvocati nelle fasi conciliative stragiudiziali. Pur condividendosi il coinvolgimento della classe forense, tanto nella mediazione, quanto nella negoziazione assistita, nessuna *deminutio* sarebbe stata imposta ove si fosse consentito ad entrambe le parti congiuntamente di essere assistite da un unico professionista, ipotesi che – seppure in giudizi a basso tasso di litigiosità – è contemplata pure nel processo giurisdizionale (così nella separazione consensuale). D'altra parte, se il fondamento, tanto nella mediazione, quanto nella negoziazione assistita è la negozialità, non si vede perché non favorire un caso di (seppur parziale e circoscritto) accordo intorno alla scelta dell'(unico) avvocato. In effetti, il legale che assiste entrambe le parti svolge un ruolo sensibilmente diverso da quello tradizionale, affiancandosi più al mediatore (quale suo ausiliario), soggetto chiamato a favorire la pacificazione, che non al difensore quale sostenitore unilaterale di una delle tesi avverse; una professionalità, questa, su cui si sarebbe potuto investire anche sotto il profilo in esame (senza contare che l'imposizione di un avvocato per parte è causa di un aumento dei costi di procedura, in spregio al tentativo di incentivare l'uso dello strumento stragiudiziale).
Il tema della necessaria assistenza di un avvocato per parte nei procedimenti di composizione negoziale della lite conduce verso un istituto innovativamente introdotto dalla riforma Cartabia: quello dell'istruzione stragiudiziale degli artt. 4 *bis* e 4 *ter* d.l. n. 132/2014, (è ammessa: «*a) la possibilità di acquisire dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti in relazione all'oggetto della controversia; b) la possibilità di acquisire dichiarazioni della controparte sulla verità di fatti ad essa sfavorevoli e favorevoli alla parte nel cui interesse sono richieste*» (art. 2, comma 2 *bis*, d.l. n. 132/2014)) [20]. Senza entrare nel dettaglio della disciplina, mi limito a rilevare come si tratta di istituti che emulano l'acquisizione della prova in corso di causa, anticipandola, ma ricostruendola in forma ibrida, non corrispondendo del tutto tali attività a quelle svolte in sede giudiziale.
Anche qui si affacciano nuove prospettive per la professione forense. Sono queste attività di formazione della prova, ma non nel processo, e dunque non alla presenza del giudice (né di un

---

[19] Il tema era dibattuto nella vigenza del regime originario. Sul presupposto che le parti ricorrono alla negoziazione assistita per risolvere una situazione di conflitto e non, congiuntamente, per avere una consulenza circa una questione condivisa, vi era chi (Bulgheroni, *op. cit*., p. 66), negava la possibilità che più parti fossero assistite dal medesimo avvocato. In ottemperanza al principio di unilateralità del mandato, infatti, all'avvocato non è consentito assumere l'assistenza e la difesa di parti tra loro in contrasto; l'A. invocava inoltre l'art. 10 del Codice deontologico, secondo cui l'avvocato deve adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa. È dunque – secondo l'A. – la natura del rapporto professionale che, su base contrattuale ed istituzionale, l'avvocato intrattiene con il cliente che contraddice la stessa possibilità di assistenza tra parti in conflitto. In realtà, tutto quanto qui enunciato ha valore nel contesto di un processo giurisdizionale contenzioso; la logica muta quando si ha riguardo alle tecniche di componimento della lite. D'altra parte, non è un caso che la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022 non giustifichi la regola che impone un avvocato per parte in questi esatti termini. Piuttosto, la scelta sembrerebbe legata più ad esigenze di semplificazione e di uniformità del procedimento "ordinario" di negoziazione con quello previsto per materie speciali come quella di lavoro dell'art. 2 *ter* d.l. 132/2014 e quella matrimoniale dell'art. 6 d.l. cit., nelle quali è previsto che vi sia almeno un avvocato per parte. In quelle materie, una tale previsione può avere più senso (specie in ambito laburistico) seppure provocando un aumento di costi. Sul tema, cfr. Licci, *La negoziazione assistita per le controversie di lavoro*, in *Giust. civ.,* 2023, § 4.

[20] Sul tema Basilico, *L'attività di istruzione stragiudiziale nel nuovo processo civile,* in *Giust. civ.,* 2023, in corso di pubblicazione; Dalmotto, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (II parte) – La negoziazione assistita nell'ultima riforma della giustizia civile,* in *Giur. it.,* 2023, 736; Siciliano, *Commento agli artt. 4* bis *e 4* ter, in Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia,* cit., 1357 ss.

terzo, quale ad esempio il CTU), bensì "autogestite" dagli avvocati stessi in autonomia. A dire il vero, affiora talora già da tempo presso i tribunali il potere di questi ultimi di "gestire in autonomia" l'acquisizione della prova testimoniale, accadendo talvolta che i testimoni o le parti siano sentiti dai legali e le relative dichiarazioni riversate nella bozza del verbale di udienza. Tuttavia, non manca l'innovatività della previsione di legge, dal momento che la novella ufficializza così un ruolo nuovo per la classe forense, imposta diversamente la *relatio* tra avvocati e giudice, nonché più in generale accorda diversi spazi all'attività stragiudiziale. In particolare, quanto alle professionalità coinvolte, al supporto dell'avvocato a difesa della parte si sovrappone la funzione (tipicamente giudiziale) di direzione del procedimento di escussione del teste, o di ricezione della dichiarazione confessoria. Il tutto in un contesto (molto diverso da quello giudiziale) in cui l'acquisizione delle dichiarazioni non dovrebbe puntare alla decisione di una controversia, bensì al componimento di un conflitto. Senza azzardare previsioni di effettivo utilizzo di tali istituti, basti riflettere su come, in tal modo, gli avvocati finiscono per svolgere attività proprie del giudice e, a sua volta, quest'ultimo sovrappone le sue scelte a quelle dei legali durante la negoziazione assistita (essendo egli chiamato a valutare se e in che termini acquisire nel processo l'attività istruttoria formatasi *aliunde*)[21].

4. Il ruolo del giudice nella giustizia complementare. La mediazione demandata e la formazione dei magistrati.

Guardata dal lato del giudicante, la giustizia complementare è non meno invasiva. Anche qui mi limiterò a qualche esemplificazione di come il giudice sia investito di nuove (o rivisitate) competenze, principiando dalla mediazione demandata dal giudice.
È quest'ultimo[22] uno dei profili della mediazione civile e commerciale a cui la riforma Cartabia dedica maggiore attenzione e su cui investe per diffondere la "cultura della mediazione"[23]. Nella versione originaria del d.lgs. n. 28/2010 – collocata la relativa disciplina nell'art. 5, comma 2, d.lgs. cit. – l'istituto era indebolito dal fatto che, al cospetto dell'invito rivolto dal giudice alle parti a procedere alla mediazione, le parti stesse restavano libere di provvedere, non essendo vincolate ad

[21] A voler individuare la *ratio* posta a fondamento di tali attività istruttorie stragiudiziali, si aprono due scenari: a) anticipare talune fasi del processo giurisdizionale (sulla falsariga dell'istruzione preventiva, ma senza l'urgenza che la contraddistingue), ovvero b) implementare l'efficacia del procedimento negoziale ai fini conciliativi. Tra i due, a leggere la relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022, è inequivocabile la preferenza per il secondo. Si tratta quindi di attività in astratto destinata a non tradire la funzione conciliativa della negoziazione assistita, bensì proiettata sul perseguimento del medesimo risultato, seppure con l'opportuna valutazione delle possibili conseguenze sul processo che eventualmente si produrranno.

[22] L'istituto in questione – sia nella disciplina positiva (a partire dalla legge delega n. 69/2009, per passare al d.lgs. n. 28/2010, e poi successivamente con tutte le modifiche normative a cui l'istituto è stato oggetto), sia nella sua applicazione, sia anche nei modelli di riferimento che lo hanno preceduto, è stato nel tempo variamente denominato. Si è parlato di mediazione "delegata", "demandata", "sollecitata", "disposta" dal giudice. Tutte espressioni che evocano un unico fenomeno. Utilizzerò qui il termine "mediazione demandata dal giudice", in linea con la rubrica dell'art. 5 *quater* d.lgs. n. 28/2010, introdotto dalla riforma Cartabia.

[23] Su queste considerazioni, all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 28/2010 (nel regime anteriore alla riforma del 2013), sia consentito rinviare a Tiscini, *La mediazione civile e commerciale,* cit., 148 ss.; Minelli, *Commento all'art. 5,* in *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali,* a cura di Bove, Padova, 2011, 192.

aderire, né essendo prevista la necessità di addurre al rifiuto un "giustificato motivo", né il comportamento delle parti potendo essere valutato ai fini della ripartizione delle spese di lite[24].
Dati dunque i primi risultati applicativi piuttosto scarsi – e sempre nella prospettiva di implementarne l'uso[25] in linea con la proiezione verso la degiurisdizionalizzazione – la riforma del d.l. n. 69/2013 conv. in l. 98/2013 riformulava l'istituto in termini di «condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello» (art. 5, comma 2, cit.), passando così dalla facoltatività ad una vincolatività agganciata alla condizione di procedibilità (con le conseguenze legate alla mancata soddisfazione della condizione stessa equivalenti a quelle operanti nella mediazione obbligatoria). Pure nelle modifiche apportate dalla riforma Cartabia, è evidente l'intento promozionale, evincibile *in primis* nella diversa collocazione della relativa disciplina in una apposita disposizione, l'art. 5 *quater* d.lgs. n. 28/2010. Senza alcuna pretesa di completezza, osservo solo come la novella ne estenda lo spazio temporale – nel senso che il giudice può demandare il procedimento di mediazione «*fino al momento della precisazione delle conclusioni*» e «*anche in sede di giudizio di appello*»[26] – nonché amplia i poteri valutativi del giudice[27], aggiungendo la possibilità di demandare la mediazione tenendo conto di «ogni altra circostanza»[28].
Vengo così alle riflessioni che stimola la mediazione demandata (in generale, ma soprattutto alla luce dell'ultima novella) con riferimento al ruolo del giudice.
L'idea che sia quest'ultimo a sollecitare l'accordo (o quantomeno la via conciliativa) non è nuova, trattandosi di un potere già noto al processo civile e rinvenibile nella conciliazione giudiziale. La sollecitazione verso l'accordo, da parte del giudice (quale che sia la fonte attributiva del potere) riposa su una valutazione diversa da quella – di tipo avversariale – che lo conduce verso la decisione. Piuttosto, per certi aspetti, tra metodo avversariale e prospettiva conciliativa (quando entrambe facenti capo al giudice) vi è una relazione di incompatibilità, nel senso che percorrere l'una via implica l'impossibilità di dare seguito all'altra. Se il giudice è proiettato verso la sentenza (in quanto ha chiara contezza di come e quando decidere la lite assegnando i torti o le ragioni, con la consapevolezza che non vi è possibilità di accordo), non ha senso dare spazio alla fase conciliativa (tanto meno, quando, per fare ciò, dovrebbe deviare la dinamica del processo al di fuori di esso, delegando la mediazione con l'avvio del percorso stragiudiziale[29]). Piuttosto, la maggiore o minore concretezza della prospettiva conciliativa finisce per essere strumento utile per valutare

---

[24] Nella sua versione originaria, si trattava sostanzialmente di una «esortazione a spostare il conflitto in sede conciliativa: saranno le parti ad accogliere l'invito o meno, senza incorrere in conseguenze pregiudizievoli» (Lucarelli, *Commento all'art. 5, commi 1, 2, e 5,* in *La nuova disciplina della mediazione delle controversie civili e commerciali. Commentario al d.lgs. 4 marzo 20101, n. 28*, a cura di Bandini e Soldati, Milano, 2010, 112).

[25] Con l'auspicio che potesse essere il modello conciliativo capace di fornire i risultati più rilevanti in termini di conciliazione della lite (Lupoi, *Ancora sui rapporti tra mediazione,* cit., 35; in giurisprudenza, vd. Trib. Roma, 5 dicembre 2013, in *Nuova proc. civ*., 2014, fasc.1; Trib. Milano 15 luglio 2015).

[26] Sull'uso della mediazione demandata dal giudice d'appello, cfr., Pizzella, *La mediazione disposta dal giudice d'appello e le conseguenze della* non compliance *delle parti,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2020, 1308.

[27] Poteri orientati, anche sotto la previgente disciplina, su «la natura della causa», «lo stato dell'istruzione», «il comportamento delle parti»

[28] Essa vale quindi quale «clausola di chiusura […] idonea a consentire al giudice di dare adeguata e piena motivazione della decisione di demandare le parti in mediazione». Così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022.

[29] Il che a sua volta implica un prolungamento dei tempi del giudizio.

l'opportunità o meno di andare avanti con il giudizio, ovvero di deviare verso le soluzioni negoziate.
Quale delle due tecniche debba prevalere è la pratica, in relazione al caso concreto, a dover chiarire. In linea teorica, la soluzione conciliativa dovrebbe precedere quella giudiziale, nel senso che il giudice dovrebbe tentare di conciliare le parti (direttamente o attraverso gli organismi di mediazione) prima di avviare seriamente la causa verso la decisione (quantomeno perché l'economia processuale e la logica delle cose puntano a leggere la tutela giurisdizionale quale *extrema ratio* a cui accedere solo in caso di fallimento delle soluzioni negoziali[30]). Di contro, la prassi dimostra come non sempre (anzi, quasi mai) le dinamiche sono queste e come il fatto che il processo già penda davanti al giudice riduce notevolmente le probabilità di successo della via consensuale, essendo il tasso di litigiosità talmente elevato da comprimere la disponibilità delle parti a conciliare[31].
Peraltro, ad alterare la logica di fondo su cui si basa la scelta del giudice nell'optare per la mediazione (sia quando direttamente da lui espletato il relativo tentativo, sia nelle forme della delegata), contribuisce proprio la degiurisdizionalizzazione, quale obiettivo da perseguire: negli intendimenti del giudice che tenta la conciliazione è innegabile ravvisare anche l'esigenza di sottrarre il contenzioso dal ruolo giudiziario favorendo il componimento della lite per via diversa da quella giurisdizionale (che si concluda con sentenza). Valutazione – questa – rispetto alla quale ha un peso significativo il risultato che si consegue in termini concreti: in un contesto – come quello della mediazione civile e commerciale del d.lgs. n. 28/2010 – in cui, come visto[32], l'accordo conciliativo (raggiunto con la partecipazione degli avvocati al procedimento[33]) ha la stessa efficacia di titolo esecutivo della sentenza (art. 12 d.lgs. cit.), le remore dell'autorità giudiziaria nello spogliarsi della controversia per dirottarla sulla soluzione stragiudiziale sono senz'altro minori, potendosi in ogni caso assicurare alle parti un risultato pratico non diverso da quello che si sarebbe raggiunto con la sentenza[34].
Quanto all'alternativa tra delega della mediazione agli appositi organismi, ovvero conciliazione giudiziale, ci si può chiedere perché mai il giudice – una volta valutata la percorribilità della soluzione conciliativa – dovrebbe optare per la delega (secondo le modalità dell'art. 5 *quater* cit.), piuttosto che tentare egli stesso la conciliazione. Entrano qui in gioco logiche che solo parzialmente dipendono dalla valutazione del caso concreto. Certamente, in parte influisce sulle scelte la sensibilità del giudice nel prediligere uno strumento conciliativo piuttosto che l'altro (conciliazione

---

[30] L'idea che la tutela giurisdizionale sia una *extrema ratio* è tesi non condivisa da tutti, in ragione del diffuso atteggiamento di favore e primazia per lo strumento giurisdizionale. Sulle osservazioni contrarie, vd. per tutti Luiso, *Istituzioni di diritto processuale civile,* cit., 13; Id., *Diritto processuale civile,* vol. V, cit., 24.

[31] I dati statistici dimostrano come scarse siano, tanto (i buoni esiti del)le conciliazioni giudiziali, quanto le mediazioni delegate. Un dato più incoraggiante è invece quello che dimostra che – una volta demandata la mediazione – le possibilità di raggiungere l'accordo sono maggiori di quelle che si riscontrano nel caso di mediazione obbligatoria. Ciò vuol dire che la valutazione del giudice che ha ordinato alle parti di procedere alla fase conciliativa nella maggior parte dei casi è stata corretta (conducendo al risultato sperato).

[32] *Retro* § 3.

[33] Ma tutto sommato anche quando gli avvocati non abbiano partecipato al procedimento, al medesimo risultato potendosi giungere attraverso l'omologazione (art. 12, comma 1 *bis*, d.lgs. n. 28/2010).

[34] Anzi maggiore, se si ha riguardo alla capacità della soluzione negoziale di assicurare l'effettiva soddisfazione dei bisogni personali dei litiganti (*retro* § 2).

giudiziale *versus* mediazione delegata); buona parte della scelta, tuttavia, dipende da considerazioni più generali e di sistema slegate dalla soluzione della lite pendente e influenzate, come detto, proprio dall'impulso verso la degiurisdizionalizzazione. Se è il giudice a dover tentare la conciliazione, la questione andrà gestita e risolta all'interno del processo, il quale dovrà poi recepire gli esiti dell'accordo secondo le modalità note (estinzione per rinuncia agli atti, dichiarazione di cessazione della materia del contendere ecc.); quando invece il giudice demanda le parti alla mediazione, la dinamica giudiziale si arresta per lasciare spazio alla via stragiudiziale (al cospetto del mediatore e tramite gli organismi di mediazione) con gli esiti conciliativi descritti dal d.lgs. n. 28/2010. In questo secondo caso, ai vantaggi per il conseguito accordo (pacificazione dei contendenti) si aggiunge quello dell'alleggerimento per il giudice adito, dell'economia processuale, della ragionevole durata dei giudizi; tutti principi che di per sé dovrebbero restare esterni alla "cultura della mediazione", ma che invece, alla fine dei conti, fanno pendere l'ago della bilancia verso questa seconda soluzione piuttosto che la prima.
Anticipando più ampie riflessioni destinate a svilupparsi nel prosieguo[35], va accennato al fatto che il fenomeno conciliativo così rappresentato, se guardato dall'interno del processo, si colloca in una linea di tendenza oggi in voga, riconducibile alla cd. "giustizia contrattualizzata" quale forma di giustizia che rientra nel più ampio modello di "deformalizzazione della procedura". Si tratta della tendenza ad insinuare nel giudizio soluzioni del contenzioso impostante sulla logica contrattuale (di tipo "orizzontale") a scapito di quella avversariale ("modello verticale"), attribuendo al giudice stesso una nuova posizione, non più fondata sull'approccio autoritativo, bensì in cui l'attività giudiziaria è volta alla ricerca di un equilibrio tra le parti[36] (equilibrio del quale dirò al momento di porre a confronto le dinamiche processuali con gli intenti giudiziali).
Che la riforma Cartabia mostri particolare interesse verso lo strumento alternativo di componimento della lite (in particolare, la mediazione civile e commerciale e, al suo interno, la mediazione delegata), è poi dimostrato dall'attenzione riservata alla formazione dei magistrati in questa prospettiva. Vi è un nuovo art. 5 *quinquies* d.lgs. cit. – rubricato «*Formazione del magistrato, valutazione del contenzioso definito con mediazione demandata e collaborazione*» – che impone al magistrato di curare la formazione e l'aggiornamento in materia di mediazione frequentando seminari e corsi organizzati dalla Scuola superiore della magistratura, nonché prevedendo che tale frequenza, il numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza con cui il magistrato demanda le parti in mediazione o mediante accordi conciliativi costituiscano, rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato.
Si vuole così non solo implementare l'uso della mediazione delegata, ma anche rivalutarla promuovendo una formazione specifica del magistrato, e costruendo misure promozionali e di incentivo verso la soluzione negoziale.
È chiara l'intenzione di favorire l'emersione di una attività finora rimasta sommersa per l'impossibilità tecnica di renderla oggetto esplicito di attenzione ai fini della produttività della

---

[35] *Infra* §§ 5.1., 5.2., 11.

[36] *Contractualisation and Judicial Process in Europe. Introducion,* pubblicato dalla CEPEJ, 2009.

magistratura[37]. Sicché, per la riforma Cartabia, puntare sulla mediazione non significa soltanto rivederne le dinamiche procedimentali, per estenderne l'applicazione, ma anche guardare a monte a colui che è titolare del potere di demandare tale attività, sia formandolo puntualmente, sia anche valorizzandone l'operato[38].
Questo dunque l'insegnamento che si può trarre dall'ultima novella, ma che in realtà da tempo fa parte del comune sentire. Sono i giudici per primi che devono essere formati alle tecniche di mediazione, tale nuova professionalità imponendosi a loro non meno che agli avvocati. Se davvero si vuole credere nella promozione delle ADR, l'impulso verso queste ultime deve partire dai protagonisti del giudizio; devono essere i professionisti legali *in primis* a saper gestire un tavolo di mediazione, sono loro che devono dirottare il contenzioso verso la soluzione negoziale, che ne devono ravvisare i vantaggi. Su tali profili delle professioni legali ancora c'è molto da lavorare perché – guardando i dati statistici intorno a mediazione e negoziazione assistita – è tuttora evidente una certa ritrosia dei giudici non meno che degli avvocati a farsi promotori dei metodi non giurisdizionali di soluzione del contenzioso.

4.1. La conciliazione giudiziale.

Il rapporto tra giustizia complementare e funzione giurisdizionale assume rilievo anche nei casi in cui il giudice è direttamente coinvolto nella posizione di pacificatore, quando cioè la dinamica conciliativa si sviluppa all'interno del processo. Il caso è quello della conciliazione giudiziale[39] variamente disciplinata nei diversi riti ed il cui prototipo, nel giudizio ordinario, è descritto negli artt. 185 e 185 *bis* c.p.c.[40]
Il tema controverso – che ha attraversato negli anni la storia del processo civile – è quello che vede l'istituto oscillare tra l'obbligatorietà, per il giudice, di tentare la conciliazione e la sua facoltatività. La questione richiama le perplessità mostrate intorno alla mediazione stragiudiziale obbligatoria (che in quella civile e commerciale ha assunto le vesti della condizione di procedibilità). Imporre l'obbligatorietà contraddice infatti il fondamento della conciliazione quale momento di incontro delle volontà, seppure al contempo soddisfa l'esigenza di decongestionare il contenzioso (*Leit motif* di tutte le ultime novelle). Anche a questo tema potrò solo accennare, senza entrare nel dettaglio di

---

[37] La mediazione demandata dal giudice trova terreno fertile nella materia bancaria e finanziaria, riferendosi ai dati che sono stati raccolti in apposite ricerche curate dalle università, almeno nei distretti dove la giustizia consensuale è stata coltivata (così Pagni, *Crisi di impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2021, 349 ss. spec. 364).

[38] La cultura della mediazione deve poi confidare in strutture organizzative capaci di accogliere la domanda di formazione specialistica. In questa prospettiva si colloca la disciplina del comma 4 art. 5 *quinquies* cit., il quale ha l'obiettivo di «valorizzare tutti i rapporti di collaborazione istituzionale necessari per dare impulso alla cultura della mediazione» (così la Relazione illustrativa al d.lgs. n. 149/2022), prevedendo la promozione di progetti di collaborazione in questa materia con altri soggetti (ovviamente, «senza aggiuntivi oneri per la finanza pubblica»).

[39] Per una ricostruzione in chiave storica dell'istituto si rinvia, per tutti a F. Santagada, *La conciliazione delle controversie civili,* Bari, 2008, 15 ss.

[40] Dalla conciliazione giudiziale si deve distinguere quella in sede non contenziosa davanti al giudice di pace dell'art. 322 c.p.c. (cfr. F. Santagada, *op. cit*., 167 ss.).

una disciplina positiva soggetta nel tempo a plurimi interventi di riforma[41], volti ora a promuovere, ora a sacrificare la conciliazione, a favore o contro l'obbligatorietà.
Muovendo da un regime che – ante riforma Cartabia – contemplava la fase conciliativa nell'art. 185 c.p.c. come facoltativa (salva l'ipotesi della richiesta congiunta delle parti), nonché attribuiva al giudice il potere di formulare una proposta di accordo (art. 185 *bis* c.p.c.[42]), si giunge alla riforma Cartabia, che reintroduce l'obbligatoria comparizione personale delle parti alla prima udienza[43]. A sua volta, l'art. 185 c.p.c. rimane sostanzialmente integro laddove contempla la possibilità della richiesta congiunta delle parti, nel qual caso il giudice è tenuto a fissare un'apposita udienza per tentare la conciliazione e interrogare liberamente le parti stesse (ferma restando la facoltà, per il medesimo giudice, di avviare la fase conciliativa quando meglio creda nel corso del processo[44]).
Dal combinato disposto degli artt. 183 e 185 c.p.c. si desume dunque che il tentativo di conciliazione (come anche l'interrogatorio libero) sono obbligatori alla prima udienza, pur restando possibile una loro ripetizione durante tutto il processo, sia in caso di richiesta congiunta (vincolando il giudice a provvedere), sia in virtù di una valutazione discrezionale del giudice stesso[45].
A voler trovare le ragioni che giustificano il ritorno alla obbligatoria presenza personale delle parti in prima udienza, si può scommettere sull'auspicio che si giunga all'udienza stessa con un tale livello di maturazione della causa da rendere le parti più inclini all'accordo e il giudice più consapevole della materia del contendere: l'anticipazione a prima dell'udienza (attraverso le verifiche preliminari, art. 171 *bis* c.p.c., e lo scambio delle memorie integrative, art. 171 *ter* c.p.c.)[46] delle attività di regolarizzazione degli atti e, soprattutto, di trattazione della causa – precedentemente prevista all'udienza stessa – lascia ben sperare sulla possibilità che il primo

---

[41] Approfondita ricostruzione storica in Negri, *Commento all'art. 185,* in Comoglio-Consolo-Sassani-Vaccarella, *Commentario del codice di procedura civile,* vol. III tomo I, Milano, 2012, 345 ss.

[42] Introdotto con d.l. n. 69/2013, conv. in l. 98/2013.

[43] Le modifiche apportate all'art. 183 c.p.c. si inseriscono nel più ampio quadro delle profonde novità che interessano l'introduzione e trattazione della causa. Dal momento che su tali temi tornerò a tempo debito, per il momento mi limiterò qui ad affrontare le novità per quanto di interesse. Sui novellati artt. 185 e 185 *bis* c.p.c., vd. Tarantino, *La conciliazione giudiziale,* in Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile. l. 26 novembre 2021 n. 206 e d.leg. 10 ottobre 2022, n. 149,* fasc. speciale n. 4/22 del *Foro it.,* 2023, 113 ss.

[44] Il testo dell'art. 185 c.p.c. muta solo laddove stabilisce che il tentativo di conciliazione può essere rinnovato in qualunque momento «*nel rispetto del calendario del processo*» (si aggancia così la dinamica conciliativa, per tutto il corso della causa, ai ritmi cadenzati dal calendario del processo). Osserva Luiso, *Il nuovo processo civile. Commentario breve agli articoli riformati del codice di procedura civile,* Milano, 2023, 93, a tal proposito, che è sempre aperta la possibilità, di cui all'art. 81 *bis*, primo comma, disp. att. c.p.c., che la richiesta delle parti sia considerata "grave motivo sopravvenuto" per modificare il calendario del processo. In realtà, il "grave motivo sopravvenuto" è utilizzabile per modificare il calendario del processo anche quando l'avvio della fase conciliativa sia frutto dell'iniziativa del giudice, se l'esigenza sia sorta nel corso del giudizio in ragione delle dinamiche nella trattazione e nell'istruzione di quest'ultimo, tali da sollecitare ed auspicare un eventuale buon esito del processo.

[45] Resta da chiedersi se quanto descritto nel vigente art. 185 c.p.c. – intorno alle modalità di svolgimento della fase conciliativa – sia estendibile alla prima udienza quando le parti siano chiamate a presenziare non in virtù di loro richiesta, ma per obbligo imposto dalla legge (sicché, ci si chiede se la possibilità di farsi rappresentare da un procuratore con le modalità e gli effetti di cui al primo comma dell'art. 185 c.p.c.si applichino anche alla comparizione delle parti ai sensi dell'art. 183 c.p.c.). Nel primo senso Luiso, *Il nuovo processo,* cit., 93.

[46] Su questa dinamica, vd. *amplius infra* § 9.

incontro tra le parti sia una sede adatta per favorire l'accordo[47]. Il che, a sua volta, dà la stura all'ulteriore diverso dubbio[48] se la prima udienza si possa svolgere con modalità alternative, telematica, art. 127 *bis* c.p.c., o cartolare, art. 127 *ter* c.p.c.[49]

Per ora è sufficiente osservare nuovamente la centralità del momento negoziale all'interno del processo, nonché l'intento promozionale a favore degli strumenti conciliativi, a maggior ragione

---

[47] Mostra scetticismo intorno al buon esito dell'attività ivi svolta Tarantino, *La conciliazione giudiziale,* cit., 114, evidenziando come, nonostante la novella punti a rafforzare il ruolo del giudice nella gestione delle dinamiche conciliative, proprio l'avvenuta trattazione della causa, con lo scambio delle memorie preliminari, induce ad immaginare una minore disponibilità delle parti verso l'accordo conciliativo (oltre al fatto che si accentua così la possibilità che la proposta formulata sulla base dell'idea che il giudice si è formato in relazione al possibile esito del giudizio, finisca con il corrispondere alla decisione pronunciata in caso di rifiuto della stessa, con la conseguenza di valutare anche l'applicabilità del principio dell'art. 91, comma 1, seconda parte c.p.c. ai fini della distribuzione delle spese processuali); scettica anche Reali, *La fase introduttiva e della trattazione,* in Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile,* cit., 78 ss., spec. 97. Più ottimistica in generale sulla funzionalità degli strumenti conciliativi, Dalla Bontà, *Fra mediazione e decisione. La riforma apre ad un nuovo paradigma di giudice?,* in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2023, 22 ss., spec. 30.

[48] In senso favorevole, Luiso, *il nuovo processo civile,* cit., 93.

[49] Sia quello delle dinamiche processuali della fase introduttiva e di trattazione (anteriori alla prima udienza), sia quello delle modalità alternative di gestione dell'udienza stessa sono temi su cui mi soffermerò a breve (al momento di scendere sulle dinamiche del giudizio come modellate dall'ultima novella): *infra* sez. II.

quando la gestione del conflitto fa capo al giudice che, con la sua autorevolezza, può sembrare soggetto più consapevole[50].

4.2. Segue: la formulazione della proposta conciliativa.

Ciò che maggiormente interessa, nel discorso che sto svolgendo, è il potere giudiziale di formulare la proposta ai sensi dell'art. 185 *bis* c.p.c. Senz'altro, con l'introduzione dell'art. 185 *bis* c.p.c. si è voluta implementare la "cultura della mediazione", attribuendo al giudice il potere di percorrere la via conciliativa, non solo secondo le dinamiche facilitative, ma anche invocando quelle valutative[51] (situazione analoga si può verificare nella mediazione civile e commerciale, dove il mediatore può tentare la conciliazione come amichevole compositore, limitandosi a favorire l'incontro delle volontà, ovvero avanzando egli stesso una proposta di soluzione del conflitto *ex* art. 11 d.lgs. n. 28/2010).

---

[50] Si discute in effetti se il soggetto più adatto a fungere da terzo conciliatore sia il giudice – nel qual caso si procederà alla conciliazione giudiziale – ovvero il mediatore – seguendo le vie stragiudiziali (eventualmente, nelle forme della mediazione demandata). Dalla Bontà, *Fra mediazione e decisione*, cit., 32, osserva come i vantaggi del tentativo giudiziale risiedono nel fatto che il giudice ha il potere di avere davanti a sé le parti, profilo di rilievo nell'ottica di svolgere un interrogatorio libero teso a gettare luce sui fatti rilevanti, contestati o meno, della lite «e così ad epurare il *thema decidendum* dal "troppo e dal vano"» (citando la relazione al Re sul codice di procedura civile del 1940). La conciliazione giudiziale presenta però anche diversi svantaggi: in primo luogo la «irriducibile quanto vischiosa confusione di ruoli in capo al giudice che concilia» (Dalla Bontà, *Fra mediazione e decisione,* cit., 35). Vi è poi la riluttanza delle parti ad "aprirsi" al giudice che sarà chiamato a giudicarle, così rendendosi difficile per il giudice stesso «una adeguata esplorazione dei loro interessi e relazioni personali, con conseguente limitazione delle opzioni e delle alternative negoziali, così come del ventaglio delle possibili proposte conciliative o transattive giudiziali» (ancora, Dalla Bontà, *op. cit*., 35). Di qui i vantaggi che può mostrare la mediazione delegata dal giudice, dovendosi quest'ultima svolgere attraverso un organismo di mediazione che le parti possono scegliere di comune accordo e giovandosi di un mediatore specificamente educato, formato ed allenato ad aiutarle nella conciliazione della lite (Dalla Bontà, *op. cit.*, 35). Diversa la posizione di Tarantino, *La conciliazione giudiziale,* cit., 118 ss., osservando innanzi tutto come non poche siano le possibili sovrapposizioni tra conciliazione giudiziale e demandata dal giudice (l'A. critica la scelta legislativa nell'aver perso l'occasione per valorizzare le specifiche caratteristiche di ciascuna figura). D'altra parte, se da un lato, l'attribuzione al giudice del potere-dovere di tentare la conciliazione esprime l'interesse della riforma a promuovere l'iniziativa giudiziale, dall'altro occorre guardare anche ai vantaggi in termini fiscali, i quali fanno pendere l'ago della bilancia a favore della conciliazione stragiudiziale piuttosto che di quella giudiziale (essendo solo in questo secondo caso il relativo verbale soggetto all'imposta di registro). La principale perplessità dell'A. ruota intorno alla possibilità di contemplare forme "ibride" di conciliazione, legittimando modelli che si sono affermati per via di prassi (e che la novella non ha provveduto a rimuovere). Quanto al ruolo del mediatore e del giudice, osserva Tarantino, *op. cit*., 120, come «il presupposto essenziale e imprescindibile perché la mediazione si riveli un efficace strumento di composizione delle liti è l'instaurazione di un dialogo (non tra il mediatore e il giudice, bensì) tra il mediatore e le parti: e rispetto a questo aspetto fondamentale dell'istituto, le interferenze del giudice rischiano di rivelarsi addirittura dannose, in quanto le parti, chiamate (*rectius*, obbligate) a confrontarsi su questioni prestabilite, potrebbero percepire il mediatore non come un terzo imparziale cui affidarsi per essere coadiuvate nel tentativo di costruire insieme il percorso verso una possibile soluzione consensuale, bensì come una sorta di ausiliario del giudice, con la funzione di persuaderle e di addivenire all'accordo seguendo al strada già tracciata dall'organo giurisdizionale». Sulle differenze tra la conciliazione giudiziale e quella demandata dal giudice *ante* Riforma Cartabia, Dalfino, *Mediazione, processo, ruolo dei giudici: una questione di bilanciamento,* in Canfora-Genovese (a cura di), *Risoluzione alternativa delle controversie tra accesso alla giustizia e regolazione del mercato,* Napoli, 2020, 90 ss.; Poliseno, *La "giustizia alternativa" tra mediazione ordinata ex officio e conciliazione giudiziale della controversia,* in *Scritti in memoria di Franco Cipriani,* I, Bari, 2020, 649.

[51] Una situazione non dissimile è quella descritta nell'art. 420, comma 1, c.p.c., il quale con riferimento al rito del lavoro, contempla tanto una fase conciliativa obbligatoria alla prima udienza, quanto il potere del giudice di «formula[re] alle parti una proposta transattiva o conciliativa».

A ben vedere, la mediazione valutativa (sia se gestita dal giudice, sia se condotta dal mediatore) è una deviazione dalla struttura fisiologica del procedimento conciliativo, in quanto implica il coinvolgimento del terzo, non solo come facilitatore dell'incontro delle volontà, ma anche per la proposizione di una propria soluzione di accordo. È perciò che, fino a ieri, una tale possibilità non era consentita al giudice, il quale, se poteva (o talora doveva) tentare la conciliazione, non poteva egli stesso avanzare proposte di conclusione del conflitto (delle due l'una: o la decisione della causa nella modalità avversariale, ovvero la facilitazione, in sede conciliativa, di un accordo rispetto al quale egli restava pur sempre un terzo).
Superato questo limite e introdotto l'art. 185 *bis* c.p.c., la medesima linea è stata confermata con la riforma Cartabia che non ha apportato significative innovazioni al potere giudiziale *in parte qua*, limitandosi a prevedere – per esigenze di coordinamento con la nuova disciplina del processo di primo grado – che la proposta può essere formulata «*fino all'udienza di rimessione della causa in decisione*» (il che forse finisce per dare un senso a quest'ultima udienza, altrimenti piuttosto superflua[52]).
Quanto ai presupposti per l'esercizio del potere, ancorché la norma evochi un "formula" che potrebbe lasciar intendere il vincolo per il giudice nel presentare la proposta, la successiva precisazione «ove possibile» conferma la sua piena discrezionalità[53]. Si tratta di una discrezionalità agganciata ad alcuni parametri, quali la «natura del giudizio», il «valore della controversia», la «esistenza di questioni di facile e di pronta soluzione di diritto». Se il primo ha riguardo all'oggetto della lite, che deve vertere su diritti disponibili[54], i due successivi dirottano l'uso del potere verso le cause tendenzialmente "semplici" o di scarso valore economico, di modesta entità. In linea teorica, gli strumenti per valutare la conciliabilità della lite dovrebbero essere orientati più sulle pulsioni personali delle parti, che non sul «valore» della lite. Tuttavia, quest'ultimo parametro trascina con sé il primo, potendo il peso economico incidere sulla maggiore o minore disponibilità delle parti a conciliare. D'altra parte, il dato può avere rilievo nel senso che l'attitudine del giudice a formulare proposte conciliative meglio si colloca in contesti di più agile decisione[55], sia per la (ridotta) complessità in diritto, sia per il valore economico della lite stessa[56]. La capacità di convincimento

---

[52] L'applicazione di tale puntuale fissazione di un *dies a quo* va poi calata nella specificità dei singoli iter decisionali diversi da quello standard (*ex* artt. 275 *bis*, 281 *quinquies*, 281 *sexies* c.p.c.). Sul punto, cfr. Tarantino, *La conciliazione giudiziale,* cit., 117, la quale osserva anche come il nuovo testo consente di superare i dubbi posti dal precedente che attribuiva al giudice il potere di formulare la proposta sino all'esaurimento della trattazione, con le differenze che sul piano applicativo potevano derivare dalla diversa tipologia di istruttoria svolta.

[53] In questo senso Dalfino, *Mediazione*, cit., 327.

[54] Così Della Vedova, *Il processo civile inclusivo. I procedimenti alternativi nel processo,* in Bulgheroni-Cuomo Ulloa-Della Vedova-Ventura, *Procedimento e metodi per la composizione dei conflitti,* cit., 87 ss., spec. 99, precisando tuttavia che il limite dell'indisponibilità del diritto non si deve considerare invalicabile «atteso che possono sicuramente venire in primo piano gli interessi concreti delle parti ad una conclusione amichevole della controversia». A me sembra in realtà che il limite sia invalicabile allo stesso modo in cui lo sia per gli altri metodi alternativi di componimento della lite (mediazione non meno che arbitrato); non rileva che qui il terzo sia un giudice (non un arbitro e non un mediatore), dal momento che in sede conciliativa (sia essa facilitativa o valutativa) egli opera come terzo chiamato a favorire l'accordo e non ad imporre la decisione "giusta".

[55] Della Vedova, *op. cit*., 100.

[56] Anche se – a ben vedere – si potrebbe sostenere pure il contrario: se la causa è semplice, non ha senso formulare una proposta, potendosi facilmente giungere alla decisione giusta; diversamente la soluzione negoziale si potrebbe meglio calare in contesti complessi, nei quali la via conciliativa vale proprio quale fuga da una intricata questione in punto di diritto e di fatto

del giudice intorno all'accettazione di una proposta conciliativa meglio si sviluppa in ambiti di più facile prevedibilità (*rectius*, semplicità) della decisione finale. È cioè la prevedibilità della decisione – sulla base di criteri univoci e di linee giurisprudenziali facilmente individuabili – a spingere il giudice a formulare proposte conciliative e le parti ad accettarle[57].
Sul tasso di complessità della lite, e sulle sue conseguenze rispetto alla percorribilità di spazi di soluzione negoziata, avrò modo di tornare[58]. Per ora basti fermare l'attenzione sul dato che lega la consistenza della lite (semplice/complessa) allo spazio che può concedersi alle soluzioni consensuali, nel senso che quanto più è di semplice definizione la controversia, tanto più i protagonisti della scena giudiziaria si mostrano inclini alla ricerca di una soluzione negoziale.
Emergono dunque significative differenze tra l'approccio metodologico che il giudice è chiamato ad usare nel formulare la proposta rispetto a quello che egli riversa sulla decisione della causa. Due mondi diversi che confermano la mutevolezza delle competenze dell'autorità giudiziaria a seconda che quest'ultima sia chiamata a decidere la lite ovvero a condurre le parti verso la conciliazione.
Questa è la ragione per la quale si può dubitare della necessità di una previsione quale quella dell'ultimo comma art. 185 *bis* c.p.c. secondo cui «*la proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice*». Il tema della terzietà del giudicante – al centro dei dibattiti, ed espressione di una garanzia costituzionalmente protetta oggi in modo irrinunciabile – ha un senso quando si evoca il potere-dovere del giudice stesso di astenersi dal conoscere della medesima causa più volte all'interno dello processo (nella successione tra gradi di giudizio). Nel caso in esame, invece, il criterio usato dal giudice nel formulare una proposta transattiva o conciliativa è diverso da quello che poi egli userebbe ove dovesse giungere a sentenza (in caso di mancata accettazione della proposta stessa), e senz'altro non ci si trova al cospetto di una successione tra gradi del medesimo giudizio. Il rischio sarebbe anzi opposto: se davvero per il solo fatto che un giudice abbia tentato di conciliare le parti (quand'anche formulando una proposta di accordo non accettata) egli dovesse poi essere sollevato dalla decisione, e dunque se per questo solo fatto la causa dovesse transitare ad altro giudice (del tutto ignaro del fascicolo e degli sviluppi pregressi del processo), la perdita in termini di gestione efficace del fascicolo e di durata ragionevole del processo sarebbe davvero eccessiva[59].
Resta da chiedersi se davvero l'introduzione (e la sua successiva implementazione) dell'art. 185 *bis* c.p.c. abbia impresso alla conciliazione giudiziale una forza nuova, in termini di efficienza del sistema. Purtroppo, la statistica impone di dare al quesito risposta negativa, ad oggi poche essendo state le proposte formulate dai giudici ed ancora minori quelle accettate dalle parti. Occorre allora chiedersi il perché di esiti così fallimentari. Vi è chi (nel regime ante riforma Cartabia) ne individuava le ragioni nella scarsa attitudine dei giudici verso la via conciliativa, preferendo questi

---

[57] Della Vedova, *op. loco cit.*

[58] *Infra* sez. II.

[59] D'altra parte, prima ancora del giudice "formulatore di proposte", una successione analoga a quella prevista dall'art. 185 *bis* c.p.c. si evidenzia nei sistemi di med-arb, nel transito da fasi conciliative a giudizio arbitrale, apprezzati proprio per il fatto che chi poi deve decidere la controversia già conosce tutti i profili della causa. Sul tema, per tutti, con riferimento al contenzioso laburistico, in cui la disciplina positiva offre importanti spunti di riflessione, Bertoldi, *L'arbitrato e le controversie di lavoro,* Napoli, 2018, 591 ss. e 611 ss. In generale, sulla possibilità che la mediazione sia delegata non dal giudice, ma dall'arbitro, vd. Panzarola, *Il d.lgs. n. 28 del 2010 tra mediazione e arbitrato:* ARB-MED, MED-ARB *e* MEDALOA, in Martino (a cura di), *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale,* Bari, 2011, 87 ss.

ultimi svolgere la funzione decisoria, nella mancanza di una specifica formazione verso le soluzioni negoziali, nella assenza di un tempo adeguato all'interno delle dinamiche del giudizio, nella irrilevanza di tali attività ai fini della progressione in carriera[60]. Si tratta di una ricostruzione verosimile, ma auspicabilmente prossima al superamento alla luce proprio della riforma Cartabia, la quale – con l'introduzione dei nuovi obblighi formativi a carico della magistratura nell'ambito della mediazione civile e commerciale (art. 5 *quinques* d.lgs. n. 28/2010)[61] – ha implementato la "cultura della mediazione" in generale (corsi che influiscono pure sugli indicatori di impegno, capacità e laboriosità). Si punta a realizzare così un programma formativo che, seppure immaginato a favore della mediazione demandata dal giudice, auspicabilmente consegnerà ai magistrati stessi una maggiore apertura verso qualunque modello di soluzione negoziale.

5. La giustizia contrattualizzata. Profili di diritto sostanziale.

La negozialità all'interno del contenzioso civile si affaccia anche sotto un altro aspetto (collegato, ma diverso da quello delle ADR). L'emergenza pandemica ha dato rilievo ad un fenomeno già latente: la cd. giustizia "inclusiva" (una *species* del più ampio *genus* della "giustizia contrattualizzata", nella sua dimensione negoziale, da tempo evocata per rappresentare una situazione processuale dominata dalla ricerca del consenso tra i protagonisti della scena giudiziaria[62]). In estrema sintesi, l'espressione, lungi dal voler coniare una nuova categoria da aggiungere alle più note[63] (differenziata, sommaria, deformalizzata), descrive il caso di un processo chiamato ad "includere", assicurando una particolare attenzione alla parte vulnerabile, allo scopo di riequilibrare un rapporto squilibrato nelle relazioni sostanziali. Nulla di nuovo, si dirà: è la logica che ha portato alla riforma del processo del lavoro. Indubbiamente, i profili di contatto con l'esperienza laburistica sono evidenti come anche corrispondenti sono gli intendimenti. Tuttavia alcune significative differenze impongono di riservare un rinnovato interesse l fenomeno alla luce della legislazione vigente. Va premesso[64] che, se un tempo soggetto vulnerabile era il lavoratore, oggi è tale il consumatore (protagonista indiscusso di tutte le ultime riforme, nonché della più incisiva giurisprudenza nazionale ed europea). Inoltre, se un tempo l'inclusione fu realizzata con la costruzione di un processo *ad hoc*, oggi un analogo risultato si raggiunge con il contributo fattivo di giudice e avvocati. A prescindere dalle previsioni legislative, si vuole che siano i protagonisti della scena processuale a gestire la lite in modo da giungere ad un risultato equo, in quanto giusto, ma al contempo inclusivo.
Più nel dettaglio, si tratta di un fenomeno che colpisce il contenzioso, sotto il profilo, tanto della decisione nel merito, quanto della applicazione delle regole processuali. Comincio dal primo caso[65].

---

[60] Dalfino, *Mediazione,* cit., 325.

[61] *Retro*, § 4.

[62] Su tale fenomeno tornerò a più riprese nelle pagine a seguire (*infra* §§ 5.1., 5.2., 11).

[63] In questo senso, Della Vedova, *Il processo civile inclusivo,* cit., 87.

[64] Ma sul punto meglio tornerò a breve.

[65] Sul secondo *infra* § successivo.

Seppure si avverte da tempo l'esigenza di sottoporre a revisione la *relatio* tra giustizia (sostanziale) e contratto[66], un rinnovato interesse per la contrattualizzazione della giustizia si è avvertito a seguito della crisi pandemica da Covid-19[67], che ha reso necessario, alla luce degli interventi pubblicistici sopravvenuti alla conclusione di un contratto, sottoporre quest'ultimo a revisione imponendo una redistribuzione di costi ed una ridefinizione di regime[68]. Vi è poi la crisi economica e l'esigenza di puntare all'efficienza del mercato, anch'essi espressione della necessità di imporre il nuovo modello di giustizia inclusiva, allo scopo di "includere" (nel mercato) e generare effetti indiretti capaci di prevenire le ingiustizie sociali[69]. Si tratta di profili problematici che trovano terreno fertile nella crisi di impresa, la quale (in tempi di pandemia e crollo economico) mostra i sintomi peggiori, per l'incrementarsi a dismisura del numero delle imprese in difficoltà[70].
Di qui la necessità di redistribuire tra i contraenti i rischi economici sopravvenuti ed imprevedibili, realizzando una correzione della patologia contrattuale – soprattutto nei contratti di durata – che altrimenti avrebbe provocato la fuoriuscita di soggetti dal mercato, nonché il diffondersi di ulteriori diseguaglianze sociali[71]. Di qui, ancora, la necessità di sviluppare ulteriori riflessioni sulle tensioni

---

[66] Vd. in proposito l'interessante contributo di Navarretta, *Giustizia contrattuale, giustizia inclusiva, prevenzione delle ingiustizie sociali,* in *Giust. civ.,* 2020, 243 ss.

[67] Il tema ha interessato una vasta dottrina sostanzialistica e processualistica. Intorno all'incidenza della crisi pandemica sulla disciplina dei contratti, cfr. senza pretese di completezza Alpa, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, 57 ss.; Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del coronavirus*, in *Giustiziacivile.com*, 29 aprile 2020, 1 ss.; Franzoni, *Il Covid-19 e l'esecuzione del contratto,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2021, 1 ss.; Piraino, *La normativa emergenziale in materia di obbligazioni e di contratti*, in *Contratti*, 2020, 485 ss.; Sirena, *L'impossibilità ed eccessiva onerosità della prestazione debitoria a causa dell'epidemia di Covid-19*, in *Nuova giur. civ. comm.*, suppl. n. 3, 2020, 73 ss.; Zaccheo, *Brevi riflessioni sulle sopravvenienze contrattuali alla luce della normativa sull'emergenza epidemiologica da covid-19*, in *Giustiziacivile.com*, 21 aprile 2020, 4 ss.

[68] L'emergenza pandemica – soprattutto nel periodo più rigido del *lockdown* – ha comportato la necessità di rimodulare interi istituti sostanziali, quali quello dell'impossibilità temporanea e del difetto temporaneo di presupposizione, ovvero – una volta trascorso il periodo di chiusura totale – ha imposto la necessità di limitare i comportamenti umani attraverso norme che hanno inciso sulla libertà personale, provocando un considerevole aumento dei costi e una consistente riduzione dei guadagni: così ad esempio nella materia degli appalti o nell'ambito dei contratti di locazione. Ambiti in cui – sul piano processuale – sono venuti affermandosi interventi di natura cautelare, con conseguente diffusione dell'uso della decretazione di urgenza *ex* art. 700 c.p.c. Cfr. Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura e le ricadute sul nostro sistema di giustizia,* cit., 1163.

[69] Navarretta, *Giustizia contrattuale,* cit., 247.

[70] Il fenomeno è approfonditamente indagato da Pagni, *Crisi di impresa e crisi del contratto,* cit., 349 ss. La dottrina che si è occupata dell'influenza dell'emergenza pandemica in tutti i campi del'agire umano (tanto di diritto sostanziale, quanto nel processo) la dottrina è sterminata. Mi limito a rinviare al quadro lucido e distaccato (a qualche tempo di distanza) offerto da Martino, *Il processo civile di fronte all'emergenza: "accelerazione" del rito e tramonto del principio di oralità,* in *Il processo,* 2023, 1 ss., in uno studio volto a porre a confronto efficienza ed effettività della tutela giurisdizionale alla luce del sistema vigente.

[71] Di qui l'esigenza di rinegoziazione quale prospettiva di riforma normativa. Per una indagine sul punto, ancora Navarretta, *op. cit*., 254. È il caso dei contratti di locazione sottoposti a revisione durante l'esperienza pandemica (Verde, *op. loco cit.*)

a cui sono sottoposti i rapporti contrattuali di durata, soprattutto quando collocati in un contesto economico e finanziario complesso quale quello imprenditoriale[72].
In altri termini, è dalla realtà sostanziale che si avverte la necessità di far entrare direttamente nel contratto – nelle relazioni negoziali tra le parti – strumenti che consentano di porre rimedio agli squilibri sociali, tutelando la posizione dei contraenti "vulnerabili".
In questa tendenza, la regolamentazione ordinamentale dell'Unione Europea gioca un ruolo di prim'ordine. Per tutti, si pensi proprio alla centralità del consumatore, protagonista non solo di una attenta e puntuale normazione eurounitaria, ma anche oggetto di interesse da parte della giurisprudenza europea ed interna[73]. Di qui l'esigenza di creare una «economia moderna e socialmente inclusiva» attraverso la prestazione «auspicabilmente» universale di servizi di pagamento, tenendo conto a tal fine «delle esigenze dei consumatori più vulnerabili»[74]. Si assiste così ad una vera e propria incursione dell'Europa nel mondo delle patologie sociali[75], svolgendo una indagine a posteriori sulla giustizia del contratto, selezionando talune ipotesi di asserita diseguaglianza sostanziale, proponendo di perseguire un risultato regolatorio del mercato, con un intervento correttivo sui singoli contratti allo scopo di produrre un effetto redistributivo generale[76]. Sicché, è quest'ultimo effetto l'obiettivo che si vuole raggiungere per superare le diseguaglianze sociali, conseguire l'efficienza e recuperare le libertà economiche fondamentali[77].

---

[72] Pagni, *Crisi di impresa,* cit., 350 («occorre dunque individuare un collegamento tra il diritto dei contratti e quello della crisi d'impresa e cercar di colmare lo spazio vuoto che c'è — sotto il profilo processuale in senso ampio, di cui fa parte anche la cd. giustizia consensuale — tra la crisi della singola relazione contrattuale e la crisi dell'attività d'impresa, oggi che i problemi del contratto si propagano, attraverso le filiere di rapporti, all'intero sistema delle imprese»).

[73] Basti fare l'esempio della nota vicenda della tutela del consumatore al cospetto di un decreto ingiuntivo non opposto reso senza che nel corso del procedimento *inaudita altera parte* sia emerso il tema della vessatorietà di alcune clausole contrattuali, e dei conseguenti poteri del giudice dell'esecuzione (sul punto si tornerà *infra*, nt…). Si pensi anche alla nutrita legislazione eurounitaria a tutela del consumatore proprio offrendo a quest'ultimo l'ausilio degli strumenti di ADR (sul tema, Desiato, *Le politiche dell'unione europea in favore della "degiurisdizionalizzazione" e i più recenti interventi del legislatore italiano in tema di ADR per i consumatori,* in *Resp. civ. e prev.,* 2016, 1793).

[74] Così la direttiva 2014/92, attuata in Italia dal d.lgs. n. 37/2017, il quale, oltre a prevedere il potenziamento dei doveri di informazione e trasparenza, impone (rinviando all'emanazione di un decreto del Ministero dell'economia e delle finanze) la necessità di individuare fasce di clientela socialmente svantaggiate.

[75] Patologie che altrimenti avrebbero potuto trovare un naturale sviluppo nel mercato secondo le modalità tradizionali ed in base alle regole ordinarie dei contratti. Vd. Navarretta, *op. cit*., 261, rinviando alle riflessioni di Roppo, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma,* in *Il contratto del duemila,* Milano, 2002, 25 ss., spec. 42.

[76] Che forse, proprio attraverso il fisiologico andamento del mercato, avrebbe potuto realizzarsi da solo (anche qui Roppo, *op loco cit*; Navarretta, *op. loco cit.*).

[77] Che l'economia domini il mondo giuridico (o viceversa) è una realtà incontestata ai nostri giorni (per tutti, Carpi, *Note sull'accesso alla giustizia,* cit., 839, richiamando la presentazione di Picardi a De Oliveira, *Il formalismo nel processo civile (proposta di un formalismo valutativo),* trad. it. di Asprella, Milano, 2013, 1 ss., spec. IX).

5.1. Segue: La giustizia contrattualizzata. Profili processualistici (il cd. processo civile inclusivo).

A fronte del fenomeno appena descritto[78] – che si riflette sul diritto sostanziale dedotto in lite – è bene chiedersi come esso si riversi sulle dinamiche del processo, nonché, al suo interno, sui poteri/doveri di giudice e avvocati. È questo un tema che esaminerò qui per taluni aspetti, ma su cui dovrò tornare al momento in cui l'indagine piegherà più attentamente sui profili processuali[79].
Se la crisi sanitaria ed economica giustifica una rinegoziazione dei contratti – e dunque il potere delle parti, nell'ambito del loro libero esercizio di autonomia privata, di rideterminare i rapporti reciproci – dubbio ulteriore è se un corrispondente potere possa attribuirsi, all'interno del processo, al giudice, le cui competenze andrebbero dunque rivisitate. Occorre individuare il giusto punto di equilibrio tra autonomia negoziale e ruolo dell'autorità giudiziaria per «evitare i rischi di paternalismo giudiziario che si può determinare se al giudice si riconoscono poteri correttivi dell'assetto sostanziale dei rapporti tra le parti»[80] (in questo contesto – come si vedrà – la giustizia complementare è in posizione di prim'ordine[81]).
È in uso l'espressione «processo civile inclusivo» per rappresentare «una possibile ed innovativa visione del processo civile, considerato alla stregua di modalità risolutiva di controversie civili, strettamente connessa all'attività giurisdizionale, ma che prediliga l'adozione di strumenti alternativi, nella fase che precede la proposizione del giudizio e che, all'interno del procedimento giurisdizionale già promosso, tenda ad esaltarne la funzione compositiva della controversia, piuttosto che la sua definizione, attraverso la pronuncia di un provvedimento giurisdizionale»[82].
Utilizzando il lemma "inclusivo", in altri termini, si vuole esprimere una dinamica processuale in cui – oltrepassando i confini della tecnica avversariale, o deviando da essa – si propongono soluzioni del contenzioso che non necessariamente corrispondono a quelle proprie dell'attività giurisdizionale e che piuttosto, puntano ad "includere", ad appianare le differenze sociali, a favorire la composizione bonaria della lite, "includendo" nella soluzione di una controversia le opzioni non necessariamente votate alla protezione dei diritti soggettivi (alla ricerca della verità materiale), bensì volte a soddisfare gli interessi individuali[83], proprio allo scopo di assicurare la "pace sociale" tra i contendenti[84].

---

[78] *Retro* § precedente.

[79] *Infra* § 11.

[80] Così Pagni, *Crisi d'impresa,* cit., 350.

[81] Così anche nella materia della crisi di impresa in cui i fenomeni di soluzione negoziata sono andati incrementandosi nel codice della crisi e dell'insolvenza (e ancor prima dell'entrata in vigore di quest'ultimo, proprio ai tempi della pandemia). Si pensi per tutti all'istituto della composizione negoziata (su cui, prima della sua entrata in vigore, vd. le riflessioni di Pagni, *Crisi d'impresa,* cit. 351). Va ricordato che proprio l'esperienza pandemica ha contribuito a ritardare l'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza, non mostrandosi all'epoca il mercato capace di accogliere le rigidità – soprattutto quanto alle misure di prevenzione – mostrate dalla nuova costruzione codicistica.

[82] Dalla Vedova, *Il processo civile,* cit., 87.

[83] È il tema che pone Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura,* cit., 1168 con riferimento ai contratti di locazione ed alla eventuale risoluzione per inadempimento ai tempi della pandemia. Il tema della rinegoziazione dei contratti e dei poteri del giudice è esaminato anche da Pagni, *Crisi di impresa,* cit., 371.

[84] Della Vedova, *Il processo,* cit., 88.

È perciò che, evocando il processo civile inclusivo, non ci si riferisce ai soli metodi alternativi di soluzione del contenzioso: ove così fosse, si tratterebbe soltanto di deviare la gestione del conflitto in qualcosa di altro e diverso rispetto alla decisione giurisdizionale, assicurando cioè la pacificazione dei contendenti attraverso la conciliazione. Diversamente, il fenomeno che sto descrivendo incide direttamente sul processo, ne modifica le dinamiche e coinvolge i poteri del giudice (nonché degli avvocati) che devono addivenire ad un accordo trilatero per conseguire il risultato "inclusivo"[85].

In dottrina, si evoca un nuovo «paradigma di giudice»[86], a voler rappresentare il ruolo di un giudicante che – pur rispettando i requisiti di terzietà e imparzialità – possa indirizzare verso soluzioni non necessariamente volte ad attribuire i torti e le ragioni[87], partecipando egli stesso alla "rinegoziazione" delle relazioni soggettive. Il paradigma di un giudice «ambiguo»[88], il quale – oscillando tra decisione e mediazione – non è vincolato allo *ius dicere,* potendo piuttosto orientarsi su funzioni conciliative, sia proponendo soluzioni negoziali altre, pur senza invocare gli strumenti conciliativi, alla ricerca del consenso tra le parti: di qui il dominio della negozialità quale criterio di valutazione del giudice e di relazione tra le parti. Sono queste tutte opzioni accomunate dal fatto che qui il giudice esercita un potere che non mira alla decisione "giusta" bensì a quella "inclusiva" che meglio consenta di pacificare le parti[89] ed al contempo appianare le diversità sociali[90], gli squilibri[91] economici, la debolezza di un soggetto piuttosto che l'altro. Si tratta in altri termini di inserire il

---

[85] Vi è perciò una relazione intima, ma non una piena sovrapposizione, tra fenomeni attualmente in uso, quali la giustizia inclusiva, contrattualizzata, complementare. In tutti i casi si tratta di situazioni in cui la dinamica processuale devia verso strade condizionate da una negozialità che coinvolge tutti i protagonisti del processo (giudice ed avvocati) e che si riflette sia sulle soluzioni di merito, sia sullo svolgersi del giudizio sul piano dinamico. Le modalità con cui ciò può avvenire sono però varie, sicché il raggiunto accordo tra le parti per la soluzione consensuale della lite (l'intervenuta conciliazione) è solo una delle possibilità con cui tale negozialità può estrinsecarsi. Ciò è quanto evincibile dallo studio del *case management* e dalla sua sovrapposizione con l'indagine intorno alla giustizia consensuale (vd. Ficcarelli, *Fase preparatoria del processo civile e* case management *giudiziale,* Napoli, 2011, 38). Sul tema tornerò in seguito, e per cenni (*infra* § 11).

[86] In questo senso Dalla Bontà, *Fra mediazione e decisione,* cit., 21 ss.

[87] Il fenomeno è oggetto di attenzione in Europa: vd. *Contractualisation and judicial process in Europe. Introducion,* pubblicato dalla CEPEJ, 2009, cit.

[88] Ancora Dalla Bontà, *op. cit*., 21 richiamando l'espressione impiegata da Michele Taruffo nel descrivere l'organo di vertice della nostra macchina giudiziaria (Taruffo, *Il vertice ambiguo. saggi sulla cassazione civile,* Bologna, 1991).

[89] Si pone il dubbio se nella conciliazione giudiziale – a differenza di quella stragiudiziale – il giudice debba applicare il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato (sul tema Dalla Bontà, *Fra mediazione e decisione,* cit. 35). A me sembra che, se davvero il giudice conciliatore è chiamato ad utilizzare le tecniche negoziali, egli deve ritenersi parimenti libero dai principi tipicamente processuali, primo tra tutti quello di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. È d'altra parte improprio evocare tale principio in questa sede, dal momento che il fondamento negoziale implica sempre che il "pronunciato" corrisponda al "chiesto", per quest'ultimo intendendosi il raggiunto accordo tra le parti.

[90] Ancora una volta tornano di ausilio le illuminanti parole di Giovanni Verde: «il giudice dei valori non è il giudice che accerta, è il giudice che regola, che dispone. In questo contesto, il giudicato è messo nell'angolo, non costituisce più il timbro proprio della giurisdizione. Il giudice finisce con l'essere sovraccaricato di compiti che nulla hanno a che fare con l'accertamento. Sono compiti, l'ho già detto, che potremmo indicare come di governo. Oggi alla magistratura si affidano sempre più spesso compiti di prevenzione, che riguardano la sicurezza sociale e, non infrequentemente, la pace sociale» (Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura,* cit., 1166).

[91] Osserva Dalfino, *Mediazione civile e commerciale,* cit., 321, come «al giudice i legislatori nazionali e comunitario affidano sempre più spesso il compito di ricercare questo equilibrio» (equilibrio tra le parti).

potere giudiziario in quell'attività di rinegoziazione – a cui ho fatto cenno[92] – per evitare (o lenire) le conseguenze negative della crisi economica e sociale (oltre che sanitaria, per quanto riguarda l'esperienza più recente) attribuendo al giudice una discrezionalità valutativa che, in applicazione rigida della regola giuridica, egli non potrebbe esercitare[93].
Il fenomeno evoca la distinzione invalsa presso la CEPEJ tra il «modello verticale» (impostato sulla logica avversariale e sull'esercizio del potere autoritativo) e quello «orizzontale» (riconducibile ad un fondamento contrattuale allo scopo di assicurare la soddisfazione degli interessi delle parti)[94].
Emergono dunque chiari i termini della novità che investe il ruolo del giudice e che si riflette pure sulla sua organizzazione interna[95]; un giudice che, per essere tale, deve formarsi (anche) alla "cultura della mediazione"[96] nella prospettiva di un processo che prima che essere "giusto" sia "equo", "inclusivo".
Resta da chiedersi – al cospetto di un così diverso "paradigma del giudice" – quale sia il ruolo dell'avvocato, e se nel processo civile inclusivo anche quest'ultimo professionista sia chiamato a rileggere sé stesso. A ben vedere, il nuovo paradigma del giudice non può non condurre ad un nuovo "paradigma dell'avvocato"[97], il quale non solo è chiamato ad assistere ed indirizzare il cliente nel corso del giudizio, ma anche, sin dal primo colloquio e per tutto il percorso, deve scrutare l'animo umano (facendosi forte di competenze che non tipicamente rientrano nella sua professionalità) per indagarne gli interessi, le relazioni sociali, e gli obiettivi, come individuo e come parte di una collettività[98]. In questa situazione, non c'è solo il diritto del cliente da proteggere,

---

[92] *Retro*, § 5.2.

[93] Mostra perplessità intorno a un siffatto potere Pagni, *Crisi di impresa,* cit., 369, la quale osserva come «tecniche convenzionali e, possibilmente, regole di diritto più chiare che aiutino le parti a negoziare per adattare i contratti alle mutate condizioni economiche sono gli strumenti adeguati di soluzione del problema degli effetti della pandemia sui contratti di durata. Tutt'altro problema, già lo si è detto, è ritenere di poter assegnare al giudice il compito di realizzare il medesimo risultato in caso di esito negativo della trattativa». L'A. non nasconde dunque che «il timore, dinanzi a proposte di questo genere, è che si attribuisca al giudice una discrezionalità eccessiva. Allo stato attuale della normativa, poi, per questo tipo di intervento, anche ammettendo che sia opportuno, non vi è spazio: per arrivare ad un potere giudiziale di modificare il contratto partendo da un obbligo di rinegoziare che oltretutto, in mancanza di norme come quelle ormai comuni a molti ordinamenti, può essere costruito solo col ricorso a principi generali, il passo è particolarmente lungo» (*op. cit*., 369).

[94] *Contractualisation and judicial process in Europe. Introducion,* pubblicato dalla CEPEJ, 2009, cit.

[95] È qui che si inserisce la nuova organizzazione degli uffici giudiziari con l'ingresso delle strutture dell'Ufficio per il processo. Sul tema, Caponi, *Un orizzonte aperti su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo,* in *Quest. giust.* 2021, 171; Cavallini, *L'ufficio per il processo,* in *Riv. trim. dir. proc., civ.,* 2021, 981; Boccagna, *Il nuovo ufficio del processo e l'efficienza della giustizia, tra buone intenzioni e nodi irrisolti,* in *Dir. proc. civ. it. comp.,* 2021, 261; Di Florio, *L'ufficio per il processo,* in *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206,* a cura di Costantino, Bari, 2022, 121; Dalla Bontà, *Fra mediazione e decisione,* cit., 27 ss.

[96] Osserva Verde, *L'evoluzione del ruolo della magistratura,* cit., 1169, come tra le risposte che occorre fornire all'esigenza di una giustizia efficiente e celere si pone proprio la necessità di incentivare la giustizia "consensuale" e tuttavia come, per fare ciò, «è evidente che la propensione alla mediazione, alla conciliazione, alla risoluzione contrattuale del conflitto devono essere il prodotto di un cambiamento profondo della nostra cultura, che, per l'appunto, relega la lite o la controversia giudiziaria tra le risorse estreme. Ed è altrettanto evidente che questo cambiamento, se avvenisse, consentirebbe un grandioso recupero dei valori di solidarietà che rendono forte una comunità. Ciò, tuttavia, dovrebbe avvenire come prodotto di un'adesione spontanea e non come effetto di un'imposizione autoritaria».

[97] Nel medesimo senso Dalla Bontà, *op. cit*., 39.

[98] «Il colloquio tra avvocato e cliente, quindi, [opera] come perno di una ruota, i cui raggi si indirizzano verso una costellazione di soluzioni, di cui il processo è soltanto uno dei raggi» (Dalla Bontà, *op. cit*., 40).

ma c'è anche il suo inserimento nel contesto sociale, nel quale la posizione del singolo si estende fin dove inizia l'interesse dell'altra parte, così realizzando una "inclusione" che tenga conto di tutte le situazioni soggettive degne di tutela[99].
È condivisibile questo mutato modo di leggere le professioni legali? Si può accettare o si deve combattere l'invasione della negozialità all'interno del giudizio? A mio avviso, prima di (e piuttosto che) prendere posizione è bene prendere atto della realtà esistente e in divenire, allo scopo di predisporre – proprio all'interno del processo – tutti gli strumenti che consentano di mantenere il sistema in equilibrio. Se si vuole descrivere il fenomeno in termini giuridici – invocando le categorie processuali note – si dirà allora che qui il "contraddittorio" deve conservare il suo tradizionale ruolo di primazia[100]. Se anche si vogliono leggere i poteri processuali dei protagonisti della scena giudiziaria in una prospettiva "inclusiva", ciò che rileva è che sempre sia assicurata la parità delle armi, non solo tra le parti, ma anche rispetto al giudice che deve restare equidistante. Il tutto nella prospettiva del contraddittorio, a cui perciò vorrò guardare quale *fil rouge* nel prosieguo dell'indagine[101] nell'impostare la relazione di fiducia che lega giudice e avvocati[102].

5.2. Il processo civile inclusivo tra tutela degli interessi sostanziali e gestione delle dinamiche processuali. Rinvio.

Evocare il processo civile inclusivo – in cui giudice e avvocati operano (quand'anche all'interno del processo giurisdizionale) per far prevalere una soluzione che punti all'emersione degli interessi

---

[99] In questo senso, al cospetto delle prime esperienze applicative sulle ADR, si sta muovendo anche la giurisprudenza. cfr Cass. 27 marzo 2019, n. 8473, la quale – occupandosi del tema della partecipazione personale delle parti al primo incontro nella mediazione («*in materia di mediazione obbligatoria, davanti al mediatore è necessaria la comparizione "personale" delle parti, assistite dal difensore. Tuttavia, la parte ben può decidere di farsi sostituire da un proprio "rappresentante sostanziale", eventualmente anche dallo stesso difensore che l'assiste nel procedimento di mediazione, purché però sia dotato di "apposita procura sostanziale". Non basta, dunque, la comune procura processuale autentica dall'avvocato medesimo. Inoltre, la condizione di procedibilità può ritenersi realizzata già al termine del primo incontro davanti al mediatore, qualora una o entrambe le parti, dopo essere state adeguatamente informate sulla mediazione, comunichino la propria indisponibilità di procedere oltre. A queste conclusioni in merito alla condizione di procedibilità posta dal tentativo di mediazione obbligatoria, previsto dal d.lgs 28/2010, affrontando per la prima volta la questione, è giunta la Cassazione pronunciandosi su un contenzioso tra proprietario di un immobile e affittuario in cui era mancata la partecipazione personale delle parti»)* - osserva, in motivazione: «*quanto alla presenza dell'avvocato, essa originariamente non era neppure prevista; è stata infatti introdotta nell'art. 5 dal comma 1 bis, che prevede che chi intenda esercitare l'azione debba promuovere preventivamente la mediazione obbligatoria assistito dal proprio avvocato. Si può osservare che la novella del 2013, che introduce la presenza necessaria dell'avvocato, con l'affiancare all'avvocato esperto in tecniche processuali che "rappresenta" la parte nel processo, l'avvocato esperto in tecniche negoziali che "assiste" la parte nella procedura di mediazione, segna anche la progressiva emersione di una figura professionale nuova, con un ruolo in parte diverso e alla quale si richiede l'acquisizione di ulteriori competenze di tipo relazionale e umano, inclusa la capacità di comprendere gli interessi delle parti al di là delle pretese giuridiche avanzate*».

[100] «L'avvocato, quindi, come costruttore di relazioni sociali, perché vero e prezioso "tutelatore" degli interessi del proprio assistito – come efficacemente rimarca Francesco Paolo Luiso nella distinzione tra "tutela degli interessi" e "tutela dei diritti" – e che, in quanto tale, è nella migliore posizione per esplorare quegli interessi e aiutare l'assistito ad individuarli e soddisfarli nel modo più appropriato, efficace e rapido» (Dalla Bontà, *op. cit*., 41).

[101] Fa parte peraltro dei principi acquisiti quello secondo cui il rapporto collaborativo tra parti e giudice trovi espressione proprio nella garanzia del contraddittorio (Grasso, *La collaborazione nel processo civile,* in *Riv. dir. proc.,* 1966. 580 ss.)

[102] *Infra*, Sez. II.

delle parti, piuttosto che alla tutela dei rispettivi diritti – significa orientare lo spazio di libertà nella gestione delle liti sul piano del diritto sostanziale; significa cioè riequilibrare le relazioni negoziali tra le parti sulla base di parametri (sostanziali) proiettati sulla giustizia inclusiva[103]. Si pensi ad esempio alla disciplina relativa alle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, le quali vengono interpretate nel senso di potenziarne l'effetto preventivo e deterrente in un duplice senso: tramite specifici interventi sanzionatori, nonché attraverso il coordinamento dell'obiettivo deterrente con la disciplina correttiva del contratto[104]. Si pensi ancora al fenomeno della rinegoziazione dei contratti di durata in tempi di pandemia, a cui ho già fatto cenno[105]. Casi in cui il potere di "rinegoziare" non viene riconosciuto solo alle parti, bensì viene esteso al giudice nel corso del giudizio.

Il tema devia a questo punto su un altro versante: quello della possibilità di estendere il medesimo approccio "elastico", nella interpretazione ed applicazione della legge, non solo di diritto sostanziale, ma anche attinente al processo. Ci si può chiedere cioè se il cd. processo civile inclusivo si sostanzi, oltre che nel valorizzare i metodi alternativi di componimento della lite, «anche nell'opportuno esercizio dei poteri del giudice, diretti a far risaltare gli interessi concreti delle parti e a risolverli attraverso la conciliazione della controversia, nel superamento di istituti quali le preclusioni e le decadenze – che in molti casi possono rappresentare un ostacolo alla soluzione condivisa della controversia – ed anche nel superamento, all'interno della fase istruttoria, di rigidi meccanismi di assunzione della prova nonché nell'adozione di una forma giurisdizionale privata, quale l'arbitrato, prediligendone la forma amministrata»[106]. Viene così descritta l'immagine – rappresentata quale scopo delle ultime riforme – di un rito civile che consenta di risolvere le controversie in un tempo ragionevole, alla ricerca di un modello "sostenibile" di amministrazione della giustizia, capace di accogliere i metodi alternativi, pur senza abdicare alla decisione proiettata sull'accertamento della verità[107].

Della possibilità di "contrattualizzare" le regole del processo – nel senso di consentire a giudice e parti di disporre di esse modificandole in via consensuale – mi occuperò nella seconda parte della

---

[103] A ben vedere, un simile fenomeno richiama alla mente le riflessioni di Calamandrei, nelle lezioni messicane, laddove riconosce che «anche negli ordinamenti oggi viventi si possono trovare numerosi esempi di processi nei quali al giudice che deve far giustizia si chiede un'operazione molto diversa da quella consistente nell'applicazione rigorosa delle leggi precostituite» (Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 49). Ho già evidenziato come il pensiero del Maestro fosse diretto verso le giurisdizioni di equità o dei collegi arbitrali costituiti da amichevoli compositori. Tuttavia, pur nella diversità degli strumenti, l'esigenza avvertita all'epoca sul piano del diritto sostanziale finisce per coincidere con quella dei nostri giorni: un riequilibrio (economico sociale) delle relazioni sostanziali per addivenire a soluzioni del contenzioso meglio capaci di assicurare una giustizia "inclusiva" e "contrattualizzata", con una migliore tenuta dei relativi esiti sul piano degli interessi.

[104] Si pensi ad esempio agli orientamenti della giurisprudenza della Corte di giustizia volti a rafforzare l'effetto deterrente con una migliore saldatura rispetto al controllo correttivo sul singolo contratto. (cfr. Corte Giust. UE, 26 marzo 2019, c-70/17 e c-179/17, *Zsuzsanna Dunai v. Wrste Bank Hungary Zrt*). Cfr. diffusamente su tale evoluzione giurisprudenziale, Navarretta, *Giustizia contrattuale,* cit., 267.

[105] *Retro* § 5.

[106] Della Vedova, *Il processo civile inclusivo,* cit., 88. Nel medesimo senso, De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice civile alla vigilia della riforma del processo civile di primo grado,* in *Riv. dir. proc.,* 2023, 199 ss.

[107] Così Della Vedova, *op. cit.*, 89.

relazione[108], al momento di porre il dubbio se davvero il perseguimento di una giustizia solidale ed inclusiva possa valere, non già quale metro di giudizio, quale regola della decisione, bensì quale criterio per la gestione delle dinamiche procedimentali, per deviarne gli sviluppi rispetto a quelle previste; in altri termini, se il baluardo di una giustizia "inclusiva" possa essere utilizzato per superare la rigidità della norma processuale (pure in un processo fortemente strutturato quale il rito ordinario a cognizione piena). Questione – questa – evidentemente molto delicata in un processo come il nostro, fondato su schemi pubblicistici e di indisponibilità della norma processuale[109].

SEZIONE II.
GIUDICE E AVVOCATI NEL NUOVO PROCESSO CIVILE

6. Considerazioni introduttive.

Quello della giustizia contrattualizzata è un tema che fa da ponte tra la giustizia consensuale e il processo: della prima condivide la negozialità, ma del secondo fa parte perché è fenomeno che di quest'ultimo descrive una modalità particolare di gestione. Ciò mi consente di volgere lo sguardo alle dinamiche del giudizio che meglio rappresentano la relazione tra giudice e avvocati. I temi da trattare avrebbero potuto essere tanti; ne ho fatta una selezione ponendo l'accento sulle principali novità della riforma Cartabia che meglio evidenziano il rapporto trilatero. In particolare, mi occuperò de:

a) la disciplina delle udienze e delle fasi introduttive del giudizio quale momento di incontro tra i protagonisti della scena processuale;
b) il ruolo di giudice e avvocati nella scelta del rito (con particolare riguardo al transito da rito ordinario a semplificato e viceversa);
c) il rapporto tra difensori e giudicante, quando quest'ultimo è la Corte di cassazione.

7. Le modalità alternative di gestione dell'udienza.

È indubbio che l'udienza valga quale cartina di tornasole del dialogo tra giudice e avvocati, quale momento più significativo di incontro, potendo il processo condursi sotto la luce dell'oralità attraverso lo scambio fisico, visivo, dialogico che si svolge nelle aule giudiziarie. Ciò è quanto emerge lucidamente dalle lezioni messicane di Calamandrei, seppure calando il tema nella realtà del tempo[110]. Il discorso sfocia sulle dinamiche e sull'utilità dell'udienza quale occasione di confronto tra giudice (eventualmente collegiale) e parti. Il "processo orale" è infatti quello che «vuol soprattutto fondarsi sulla collaborazione diretta tra il giudice e gli avvocati, sulla confidenza e

---

[108] *Infra* § 11.

[109] *Infra* § 11.

[110] Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 37.

naturalezza delle loro relazioni, sul dialogo semplificatore di chi nel chiedere e nel dare spiegazioni cerca di chiarire la verità»[111].

È un gioco delle parti quello che si svolge all'udienza, in cui avvocati e magistrato si pongono gli uni davanti all'altro, l'uno alla ricerca della fiducia negli altri, tale per cui «sono sempre più numerosi i magistrati che sentono la necessità ed hanno il coraggio di rompere questa barriera di sfiducia»[112].

Nelle parole di Calamandrei si legge l'anelito verso la «fiducia» tra magistrato e avvocati, la «collaborazione diretta», la «confidenza e naturalezza delle loro relazioni» [113]. C'è da chiedersi cosa – di una così intima relazione – sia rimasto oggi nel più avanguardistico modo di intendere l'udienza.

Nel primo libro del codice di rito, la riforma Cartabia introduce due disposizioni che alterano l'immagine tradizionale dell'udienza: gli artt. 127 *bis* e 127 *ter* c.p.c.[114], rispettivamente volti a disciplinare l'udienza mediante collegamenti audiovisivi (cd. telematica) e quella con deposito di note scritte (cd. cartolare).

Va premesso che l'inserimento delle due norme nel libro I del codice[115], tra i principi generali, già da solo descrive la portata dirompente della novità, facendo di tali modalità di gestione dell'udienza una regola generale astrattamente applicabile in qualunque procedimento ed in qualunque sua fase (fermi restando i limiti di compatibilità[116]). Parimenti significativa è la collocazione dopo l'art. 127 c.p.c., volto a descrivere la direzione dell'udienza da parte del giudice singolo o del presidente (nel caso di udienza collegiale), disposizione nella quale è precisato (art. 127, ultimo comma, c.p.c.) che

---

[111] Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 90.

[112] «Bisogna anche qui, affinché le istituzioni giudiziarie corrispondano all'esigenza di una società di uomini liberi, abolire la tradizionale clausura, e lasciare che anche nel processo circoli, tra magistrati e avvocati, questo senso di fiducia, di solidarietà e di umanità che è in tutti i campi lo spirito animatore della democrazia» (Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 91).

[113] Una collaborazione di cui si ha consapevolezza tanto sul piano teorico, quanto nell'esperienza applicativa (per tutti, Scarselli, *Poteri del giudice e diritti delle parti,* in Scarselli (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile. Atti del convegno di Siena del 23-24 novembre 2007,* Napoli, 2010, 11 ss., spec. 15; Grasso, *La collaborazione nel processo civile,* cit., 580, evocando l'esigenza di assicurare «l'*equilibrio* tra le forze in contesa»).

[114] È già corposa la dottrina che si è occupata del tema. Cfr. Luiso, *Il nuovo processo civile,* cit., 29 ss.; Carratta, *Le riforme del processo civile. l. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della l. 26 novembre 2021, n. 206,* Torino, 2023, 23; Cecchella, *Il processo telematico,* in Cecchella (a cura di)*, Il processo civile dopo la riforma. d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149,* Bologna, 2023, 71 ss., spec. 102; Giussani, *Udienza cartolare ed efficienza della giustizia: l'oralità e la riforma del processo civile,* in *Giur. it.*, 2023, 349; Martino, *Il processo civile di fronte all'emergenza*, cit., 14; Rusciano, *Modalità alternative di svolgimento dell'udienza: l'udienza da remoto e l'udienza fantasma,* in Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile,* cit., 57 ss.; Delle Donne, *Commento agli artt. 127, 127* bis, *127* ter, in Tiscini (a cura di), *La Riforma Cartabia del processo civile,* cit., 72 ss.

[115] Alle quali va aggiunto il nuovo 196 *duodecies* disp. att. c.p.c. quanto alle modalità tecniche ed *operative.*

[116] Sui profili relativi all'ambito di operatività mi limito a rinviare alla dottrina che si è occupata del tema (*retro* nt. 106) osservando solo come il testo di entrambe le disposizioni non imponga limiti di tipo oggettivo, mentre ponga una limitazione soggettiva nel senso di consentire la gestione con modalità alternative delle udienze in cui «non è richiesta la presenza di soggetti diversi dai difensori, dalle parti, dal pubblico ministero e dagli ausiliari del giudice» (non diversamente artt. 127 *bis* e 127 *ter* c.p.c.). Nella sostanza, tali modalità sono dunque escluse espressamente solo nei casi in cui vanno escussi testimoni o assunte sommarie informazioni (Luiso, *Il nuovo,* cit., 33; Delle Donne, *op. cit*., 76).

le modalità telematica e cartolare sono sostitutive di quella in presenza[117]. È esplicita dunque la costruzione sistematica di tali norme nel ricondurre la scelta della modalità con cui gestire la singola udienza ad un potere del giudice (potere rispetto al quale non mancano le garanzie del contraddittorio a tutela delle parti, ma pur sempre – nella relazione tra giudice e avvocati – da collocare tra le competenze del primo piuttosto che tra i diritti dei secondi).

A prescindere da valutazioni di opportunità, indubbiamente la scelta è significativa, tanto da imporre un nuovo metodo di gestione della professione forense[118], nonché di esercizio del potere giudiziario. Anch'essa (come già visto con riferimento alla giustizia inclusiva[119]) risente dell'esperienza pandemica[120] e si colloca in un momento storico (in tempi di processo telematico e di intelligenza artificiale) particolarmente sensibile ad innovazioni proiettate sull'evoluzione tecnologica[121], seppure a scapito del confronto diretto (e genuino, si direbbe) tra le parti. Che i tempi fossero maturi per "telematizzare" anche le udienze, è un dato certo, dal quale occorre partire per riflettere su come tali novità incidano sul ruolo da assegnare ai protagonisti del processo.

Omettendo ogni più puntuale indagine sui limiti oggettivi o soggettivi di utilizzabilità di tali udienze, nonché sui profili procedimentali, mi limiterò qui a rilevare come il vero punto nodale, che induce a riflettere sui rapporti tra i protagonisti della scena processuale, non è tanto l'udienza telematica, quanto quella cartolare, la quale impone una forma di comunicazione (scritta) della cui compatibilità con l'oralità del processo civile di chiovendiana memoria occorre quanto meno interrogarsi.

Il problema non è difendere l'oralità nella sua connotazione astratta per il valore che ricopre dal punto di vista teorico (ché, sotto questo profilo, la prassi ha finito per dimostrare come si tratti di una regola contraddetta da una pratica applicativa che rende il processo civile più scritto che orale),

---

[117] Il problema sarà verificare se tra le dinamiche tradizionali e quelle nuove vi sia sempre perfetta compatibilità; il che potrà essere confermato solo alla luce delle prassi che andranno consolidandosi.

[118] Rusciano, *Modalità alternative,* cit., 57.

[119] *Retro* sez. I, § 5.1. – 5.2.

[120] L'esigenza di un collegamento a distanza per lo svolgimento delle udienze si è avvertita forte – e divenuta legge vigente con le modalità della decretazione di urgenza – nel periodo dell'emergenza pandemica (sulla ricostruzione del passaggio dal regime di tali udienze ai tempi della pandemia a quello vigente, cfr. Giussani, *Udienza cartolare,* cit., 350; Delle Donne, *Commento agli artt. 127, 127 bis e 127 ter,* cit., 73 ss; Rusciano, *Modalità alternative,* cit., 58 ss.). In particolare, antesignani della vigente disciplina sono: l'art. 83 del d.l. n. 18/2020, il cui comma 7 prevedeva la possibilità, per i capi degli uffici ed allo scopo di assicurare le finalità di contrasto alla pandemia, di disporre lo svolgimento delle udienze da remoto (lett. f) e mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte e successiva adozione del provvedimento fuori udienza (lett. h). Su tale disciplina incideva poi l'art. 221, comma 4, del d. l. n. 34/2020 (cd. decreto rilancio modificato in sede di conversione con l. n. 77/2020); veniva così modificata la disciplina sulle udienze da remoto già dettata dall'art. 83 del d.l. n. 18/2020, cit. Sulla disciplina emergenziale, in dottrina, Panzarola-Farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura,* in *Giustizia civile.com* del 18 marzo 2020; Panzarola-Farina, *Il diritto processuale civile e la emergenza covid-19 (le garanzie individuali nello stato di eccezione),* in *www.Judicium.it* del 29 maggio 2020; Didone-De Sanctis (a cura di), *Il processo civile solidale dopo la pandemia*, Milano, 2020; Dalfino-G.G. Poli, *Il "remoto" è già passato (le udienze civili dell'emergenza epidemiologica e le ulteriori novità del d.l. 28/20),* in *Foro it.,* 2020, V, 225; Corea, *Il diritto di difesa e di accesso alla giustizia civile ai tempi (e oltre) l'emergenza sanitaria*, in *www.Judicium. it*, 4 giugno 2020; Valerini, *In difesa dell'udienza da remoto*, in *www.Judicium.it,* 29 aprile 2020; Marini-Scaccia (a cura di), *L'impatto del covid-19 sull'ordinamento italiano: le questioni relative alla disciplina dell'emergenza,* Napoli, 2020; Caroleo-Ionta, *L'udienza civile al tempo del coronavirus*, in *www. Giustiziainsieme.it,* 2020; Fichera-Escriva, *Le quattro fasi del processo civile al tempo della pandemia*, in *www.Judicium.it.,* dal 17 marzo 2020.

[121] Su cui *infra* sezione III.

né si vuole insistere sulle modalità con cui l'oralità può estrinsecarsi nelle dinamiche dell'udienza pubblica (a dispetto della segretezza della camera di consiglio)[122]; occorre piuttosto proteggere l'oralità per la sua capacità in concreto di assicurare un rapporto dialogico tra parti e giudice davvero in grado di esprimere la reciproca fiducia. Sicché, il processo orale viene in gioco nei limiti in cui essa sia lo strumento per preservare integro il contatto diretto tra le *tres personae* (contatto, di contro, chiaramente escluso dal modello cartolare dell'art. 127 *ter* c.p.c.).

7.1. Le udienze e l'oralità.

I temi qui da affrontare non sono nuovi. Nella storia il principio di oralità ha ricevuto declinazioni diverse e sostenitori vari[123]. La sua affermazione risale all'Ottocento nel processo penale in un sistema in cui essa si contrapponeva agli antichi procedimenti giudiziari fondati sulla segretezza. Il processo civile, in quanto basato prevalentemente su una istruttoria documentale, mostrò qualche resistenza ad accoglierlo quale principio dominante[124]. La chiave di volta a favore dell'oralità si ebbe quando se ne comprese l'utilità attraverso la rivalutazione dell'udienza, quale mezzo per favorire il contatto tra le parti e il giudice; fu così che l'oralità divenne motivo di interesse nella riforma del 1901.
Da lì a seguire, del principio di oralità si offrirono letture diverse. Ispiratore fu senz'altro Giuseppe Chiovenda, fautore del processo orale[125] quale strumento per velocizzare il rito, soprattutto in relazione all'assunzione delle prove, che nell'idea del Maestro doveva essere diretta e svolgersi alla presenza del giudice; con il che si prendevano le distanze dal previgente codice che imponeva l'assunzione delle prove da parte del collegio, ma fuori udienza attraverso un giudice delegato dallo stesso collegio[126]. Era dunque l'esigenza che l'attività istruttoria si svolgesse davanti ai giudici poi chiamati a pronunciare la sentenza a spingere verso l'oralità (*rectius*, verso l'udienza), sebbene

---

[122] Sulla distinzione tra oralità e pubblicità dell'udienza v. Scarselli, *In difesa della pubblica udienza, in Il procedimento in Cassazione «ipercameralizzato»*, in *Foro it.,* 2017, V, 32 ss. («sia consentito porre la distinzione tra trattazione orale e pubblica udienza, poiché una cosa è il diritto al contraddittorio (art. 24 Cost.), altra cosa il diritto all'udienza pubblica (art. 101 Cost.)»).

[123] Ne offrono una interessante ricostruzione Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1973, I, 1 ss.; Cipriani, *I problemi del processo di cognizione tra passato e presente,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1997, 39 ss., spec. 42. Sul ruolo dell'oralità, per tutti, Calamandrei, voce *Oralità nel processo,* in *Nuovo. dig. it.,* IX, Torino, 1940 ora in *Opere giuridiche, I, Problemi generali del diritto e del processo,* Roma, 2019, 452.

[124] Vd. Borsari, *Il codice italiano di procedura civile,* I, Torino, 1878, 5.

[125] Così Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura,* cit., 1 ss.

[126] L'oralità fu quindi promossa quale strumento di accelerazione e semplificazione processuale da Chiovenda, (nota aggiuntiva nel 1930 alla) *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra,* in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937),* a cura di Proto Pisani, II, Milano, 1993, 109; Id., *L'oralità e la prova,* in *Riv. dir. proc.,* 1924, I, 5 ss. spec. 15 («intendiamo per processo orale quello in cui l'udienza è utilizzata per la trattazione della causa cioè per lo svolgimento stesso dell'istruttoria, convenientemente predisposta, in base a scritture preparatorie delle parti, con provvedimenti ordinatori del magistrato»); Id., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, cit. 677.

all'epoca un simile progetto finiva per scontrarsi con la dominante collegialità[127], la quale inevitabilmente appesantiva il meccanismo (l'intera attività istruttoria andava svolta alla presenza di un organo collegiale).

Non mancarono le osservazioni critiche intorno alla reale capacità acceleratoria dell'oralità[128]; e, ciò nonostante, quest'ultima non perse – nel comune sentire – il primato di principio cardine del sistema processuale moderno improntato a oralità immediatezza e concentrazione. L'oralità è stata per lunghi anni la meta da raggiungere e l'ideale da realizzare (anche se in una prospettiva che Franco Cipriani sottolinea essere diversa dall'effettivo pensiero di Chiovenda[129]). Essa è rimasta nel tempo – pur nella sua incapacità di porre rimedio ai mali della giustizia civile – un bene da proteggere[130], accompagnando le riforme processuali[131], anche quando immaginata quale strumento per la "socializzazione" progressiva del diritto in generale e del processo in particolare[132].

Eppure, nel tempo – verificati i suoi limiti sotto il profilo della capacità di comprimere la durata del processo[133] – l'oralità è venuta via via perdendo smalto, tanto da non venire più richiamata nei

---

[127] Di qui la critica di Mortara, *Per il nuovo codice di procedura civile – riflessioni e proposte,* in *Giur. it.,* 1923-1924, 14 ss., spec. 19, osservando come, sul presupposto di accordare al giudice la funzione di direzione (orale) della trattazione del litigio, «dare a un collegio simile litigio è poco meno che assurdo in Italia, se non si immagina così interamente mutato e rifatto il costume giudiziario da non riconoscere più né il costume né gli uomini che lo praticano». Il Maestro propose allora un aumento dell'oralità – rispetto al previgente processo – in una «certa misura» (Mortara, *Per il nuovo codice,* cit. 12). Di contrario avviso, circa l'incapacità di sottoporre l'oralità ad una "misura", Chiovenda, *L'oralità e la prova,* in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, 1 ss., spec., 14.

[128] Si ricorda l'acceso dibattito tra Chiovenda e Mortara (di quest'ultimo vd. il Discorso al Senato nella tornata del 24 novembre 1923, in *Atti del Senato, Discussioni,* 558; Id., in *Giur. it.,* 1923, iv, 136), il quale ultimo osteggiava l'immagine di una oralità che garantisca la giustizia, dal momento che il giudice «dove sorge una questione di diritto da svolgere, ha bisogno di riflettere, di studiare: la meditazione sopra le memorie scritte degli avvocati e l'agio che così è concesso al giudice di consultare autori, di esaminare la giurisprudenza, lo mettono in grado non solo di coltivare il suo ingegno, ma anche di dare una sentenza *cognita causa*, ponderata, ben motivata» (Mortara, *Discorso al Senato,* cit., 10); il quadretto arcaico del "buon re seduto sotto la quercia" (Mortara, *Per il nuovo codice di procedura civile – Riflessioni e proposte,* cit., 14). «In apertura del XX secolo si delinearono, così, le due posizioni contrapposte: da un lato, l'appassionato apostolato del Chiovenda in favore di una formula, il "principio di oralità", che sembrava possedere la virtù taumaturgica di guarire ogni male del nostro processo civile; dall'altro, la visione scettica del Mortara che tentava di sfatare le illusioni create dalla nuova scuola e di "ridimensionare" il cd. principio di oralità» (Picardi, *Riflessioni critiche,* cit., 2). Vd. anche Cipriani, *I problemi,* cit., 43, in critica alla propaganda promozionale sviluppata da Chiovenda, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il progetto orlando di riforme processuali,* in *Saggi di diritto processuale civile,* cit., vol. I, 396, richiamando Ong, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola,* (1982), trad. it., di Calanchi, Bologna, 1999, 119, il quale osservava come «la scrittura ha trasformato la mente umana più di ogni altra invenzione», e ritenendo perciò impensabile che la parola possa prevalere sulla scrittura. Critico sull'oralità applicata alle riforme processuali, Zanzucchi, *Osservazioni intorno al "progetto preliminare di codice di procedura civile",* Milano, 1937, 5.

[129] «Tanto che ad un certo punto si è avuto il più che fondato sospetto che "il Maestro", stanco di essere strumentalizzato, si stesse "rivoltando nell'avello»" (Cipriani, *I problemi,* cit., 44).

[130] Vd. per tutti, Cappelletti, *Processo e ideologie,* Bologna, 1969, 99.

[131] Così nei progetti di riforma legati ai nomi di Carnelutti, Redenti, Solmi.

[132] Sono questi gli obiettivi delle riforme degli anni '70 del secolo scorso descritti da Picardi, *Riflessioni critiche,* cit., 4 ss. Nel quadro della socializzazione, «oralità vuol dire superamento di una concezione agonistica del processo. Oralità significa che il giudice non si limita ad una funzione di guida solamente tecnica, ma deve assumere "un compito attivo e di assistenza nei confronti delle parti, discutendo con esse la migliore formulazione delle domande e delle eccezioni, collaborando alla ricerca della verità, in definitiva cooperando affinché la vittoria sia appannaggio della parte che ha realmente ragione"» (Picardi, *op. cit*., 4). Sul punto *infra* nel testo.

[133] Vd. le osservazioni critiche di Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile,* III, Padova, 1921, 211 («con l'attuazione del principio di oralità conviene essere molto cauti… la riforma rischia di essere, piuttosto che utile, nociva»). Non minori le perplessità di Redenti, *Sul nuovo progetto di codice di procedura civile,* in *Foro it.,* 1934, IV, 188.

progetti di riforma[134], né da fare ingresso in un testo scritto («pare quindi che si possa dare finalmente per superata la fuorviante pregiudiziale dell'oralità»[135]). Sicché, con l'oralità, di riforma in riforma, è venuto scemando anche il valore da attribuire all'udienza, quale sua evidente concretizzazione[136]. Sta di fatto che «da Chiovenda in poi la polemica sull'oralità e la scrittura ha accompagnato la storia delle riforme nel nostro processo civile; talora l'ha condizionata; è servita, comunque, quale parametro per misurarne realizzazioni ed insuccessi»[137].

7.2. Modalità di gestione delle udienze, dialogo tra i professionisti legali e processo inclusivo.

Per comprendere se davvero la nuova disciplina delle udienze abbia attentato a principi cardine del processo civile, occorre muove da ciò che le udienze sono oggi[138]. Che il processo sia prevalentemente scritto – non solo perché spesso fondato su prova documentale, ma anche perché rappresentato da una continuo riversarsi sulla scrittura delle attività difensive delle parti (deposito di note, memorie, atti ecc.) – è un dato di fatto; come anche è un dato di fatto che nei (pur rari) casi di udienza davvero finalizzata ad acquisire prove alla presenza di giudice e avvocati, l'effettivo incontro tra loro si riduce al minimo (capita che siano gli avvocati stessi a dirigere l'assunzione delle prove limitandosi a riportare le dichiarazioni, di parti o testimoni, nel verbale di udienza[139], testo scritto che finisce per essere il contenente delle deduzioni conclusive del giudice riversate

---

[134] Il principio di oralità fu inserito nel progetto di riforma della Commissione bicamerale elaborato sul finire degli anni '90, ma esso non vide la luce nella sua versione primigenia (l'art. 130, comma 1, recitava: «la giurisdizione si attua mediante giusti processi regolati dalla legge, ispirati ai principi di oralità, della concentrazione dell'immediatezza. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità e davanti a un giudice terzo. La legge ne assicura la ragionevole durata»).

[135] Cipriani, *I problemi,* cit., 45, riportando le parole di Chiovenda, *L'oralità e la prova,* cit., 7. Il primo a prendere le distanze dall'oralità fu proprio Picardi, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura,* cit., 1 ss., rilevando come già all'epoca non fosse possibile un rilancio dell'oralità «*sub specie* di principio tecnico-giuridico».

[136] Va ricordato il dibattito sollevatosi intorno alla soppressione dell'udienza collegiale di spedizione con la riforma del '90 (che vede dividere la dottrina tra i sostenitori della sua abolizione – Cipriani, *In memoria dell'udienza collegiale,* in *Foro it.,* 1994, I, 1887; Id., *Pubblicità dei giudizi, diritto di spedizione e udienza collegiale di spedizione,* in *Riv. dir. proc.,* 1995, 370 – ed i detrattori della novella, a sostegno dell'udienza stessa – Cavallone, *In difesa dell'udienza di spedizione,* in *Riv. dir. proc.,* 1994, 926, in *Studi in onore di Crisanto Mandrioli,* Milano, 1995, II, 1079 e ora in *Scritti ritrovati sul processo civile e sul giudizio di fatto,* Pisa, 2016, 61; Id., *Ancora sulla scomparsa dell'udienza di spedizione,* in *Riv. dir. proc.,* 1995, 1183 e ora in *Scritti ritrovati,* cit., 79).

[137] Picardi, *Riflessioni critiche,* cit., 26.

[138] Sul ruolo dell'oralità nei sistemi caratterizzati da un regime rigido di preclusioni ovvero nel contesto di modelli sommari semplificati, Tedoldi, *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, in *Giusto proc. civ.,* 2015, 375 ss., spec. 397.

[139] Di qui, come già visto, la limitata innovatività – di fatto – dell'istruzione stragiudiziale (su cui *retro*, § 3).

nella decisione). Si tratta di una consapevolezza che emerge nitida anche nelle lezioni messicane di Calamandrei[140].

È dunque vera l'osservazione mossa da più parti nel senso che la novella (nell'introdurre modalità alternative di gestione delle udienze) elimina il superfluo, facendo venire meno le udienze in presenza nei casi in cui esse si rivelano una inutile finzione, che finisce per rallentare i tempi del processo piuttosto che comprimerli[141]. D'altra parte, non può certo dirsi che la sostituzione dell'udienza in presenza con quella telematica sia espressione di una grave violazione di principi fondamentali (tanto meno costituzionali), neppure di quello di oralità, soprattutto in considerazione del fatto che – come visto[142] – si tratta di un principio variamente declinabile e a diversi scopi funzionale. Semmai, il dubbio si può porre per l'udienza cartolare, quanto meno perché essa implica la rinuncia all'incontro diretto tra le parti nel nome di una scrittura che dell'oralità stessa sembra essere l'antitesi[143].

Il fatto è che gli interrogativi si moltiplicano, nel momento in cui si volge lo sguardo proprio all'oralità ed alle sue funzioni. Vengono ancora una volta alla mente le lezioni messicane, laddove si descrive l'immagine di una udienza in cui si possa costruire una migliore fiducia tra avvocati e parti. Il rapporto di fiducia, nella prospettiva di una soluzione (più o meno) condivisa ed equilibrata riporta al processo civile inclusivo, all'idea di una giustizia complementare, alla contrattualizzazione della giustizia: tutti modelli, come si è visto[144], che puntano a ristabilire l'equilibrio tra le parti – in situazioni in cui una si mostra più vulnerabile dell'altra – quale che ne sia la via.

A ben vedere, l'idea è tutt'altro che nuova: già in passato si interrogava Picardi – distolto lo sguardo dall'oralità sotto il profilo di principio tecnico-giuridico – intorno alla possibilità di spostare l'indagine su un terreno «più aderente alle dimensioni sociali e politiche del fenomeno processuale»[145]. Accanto alla accezione "liberale", riflesso dell'ideologia francese rivoluzionaria, osservava l'A. come all'epoca – anni '70 del secolo scorso, in pieno affermarsi della cd. tutela giurisdizionale differenziata – si andava promuovendo una battaglia per l'oralità che finiva per risolversi nella lotta per l'affermazione, nell'ambito del processo, dei «criteri di uguaglianza non solamente formale, ma sostanziale, che rappresentano una delle aspirazioni più profonde dell'uomo contemporaneo»[146]. Il dibattito sull'oralità si insinuava dunque nell'ambito della tutela del "litigante

---

[140] Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 33, pur nel pieno rispetto dell'oralità, osservava, realisticamente – in un discorso volto a dimostrare come le prassi dei tribunali mutino le dinamiche del processo – come «la fase istruttoria del processo civile che secondo il vigente codice italiano avrebbe dovuto essere "sempre orale" (art. 180), regredisce sempre più, per la repugnanza contro l'oralità in cui si trovano d'accordo avvocati e giudici, verso le forme del processo scritto, fino a ridursi in pratica ad una serie di scambi di scritture defensionali». «Questo fallimento dell'oralità e questa cristallizzazione burocratica del giudice istruttore deriva certamente per una parte, dall'eccessivo lavoro di cui i giudici sono gravati […]. L'oralità ha bisogno di preparazione immediata: la scrittura permette di rimandare lo studio a miglior tempo; e questa è una buona ragione perché avvocati e giudici preferiscano la scrittura».

[141] Le frequenti udienze in cui gli avvocati "si riportano" nulla aggiungendo agli atti già depositati.

[142] *Retro* § precedente.

[143] Queste le perplessità di Martino, *Il processo civile di fronte all'emergenza,* cit., 15.

[144] *Retro* sez. I, § 5 ss.

[145] Picardi, *Riflessioni,* cit., 32.

[146] In questi termini Cappelletti, *Procédure orale e Procédure écrite,* Milano, New York, 1971, 99. Mostra dissenso rispetto a questa impostazione Picardi, *op. loco cit.*

socialmente più debole" per stabilire se l'uguaglianza delle parti nel processo dovesse essere attinta da un rafforzamento dell'attività del giudice ovvero prima e fuori dal processo[147], saggiando la possibilità di accentuare il ruolo del giudice – *sub specie* del principio di oralità – allo scopo di ripristinare l'equilibrio tra le parti (laddove carente sul piano del diritto sostanziale)[148].
Traportate quelle considerazioni nei nostri tempi – *mutatis mutandis* – possono tornare alla mente le stesse riflessioni che accompagnarono l'esperienza dell'epoca. Ci si può interrogare – oggi – se (la necessità de) l'udienza in presenza vada letta nella prospettiva del(l'oralità e del) processo civile inclusivo, allo scopo di tutelare la parte vulnerabile (oggi tanto il lavoratore, quanto soggetti altri, primo tra tutti il consumatore[149]).
Al di là delle attività concrete che vi si possono svolgere – per le quali alla fine dei conti tra processo scritto, prova documentale, scambio di note, l'incontro fisico lascia il tempo che trova – quella che va rivalutata è la funzione dell'udienza nei limiti in cui sia volta a favorire il colloquio tra i protagonisti del processo, per istaurare un dialogo che nessun testo scritto può parimenti realizzare; il tutto nella prospettiva di una "funzione sociale" che va oltre quella tecnico giuridica. Sotto questo profilo, l'udienza in presenza diventa davvero insostituibile. Ricorda Satta, d'altra parte, che «il termine di udienza esprime il costituito rapporto tra parte e giudice nella sua manifestazione fisica e spirituale più elementare, che è quella dell'ascoltare. E in realtà l'ascoltare presuppone il farsi ascoltare, cioè proprio il riuscire a stabilire un contatto tra gli uomini, e nella specie di un postulante con un detentore del potere»[150].
Ecco dunque il collante tra le riflessioni su cui mi sono già soffermata e quelle attuali. L'incontro diretto tra parti e giudice è rinunciabile, ma non sempre. Non lo è ogni qualvolta sia essenziale il dialogo diretto, l'ascoltare ed il farsi ascoltare; il che accade in vari momenti della vicenda processuale, e senz'altro quando la scelta per la soluzione del conflitto devii dalle regole tradizionali: *in primis*, quando tra le parti va tentata la conciliazione o si deve procedere all'interrogatorio libero[151], ma poi anche in tutti i casi in cui, invocando l'esigenza di assicurare un processo capace di offrire soluzioni che riequilibrino il rapporto tra le parti (in situazioni economico sociali che fanno emerge una disparità ed esprimono la presenza di soggetti vulnerabili), si rende indispensabile il dialogo tra i protagonisti del processo. Il che finisce per avvantaggiare tutti i personaggi della scena giudiziaria: il giudice, nel proporre la sua soluzione del caso non solo

---

[147] Contrario alla più marcata partecipazione del giudice nel processo allo scopo di favorire una parte piuttosto che l'altra (quand'anche nella prospettiva di ristabilire una uguaglianza sostanziale), Fazzalari, *La imparzialità del giudice,* in *Riv. dir. proc.,* 1972, 193.

[148] Mostra perplessità intorno a siffatta impostazione, Picardi, *op. cit*., 33.

[149] *Amplius retro*, sez. I, § 5.2.

[150] Satta, *Commentario al codice di procedura civile,* vo. I, Milano, 1966, 488. Richiama tale ruolo dell'udienza – se gurdato al spetto dell'oralità di cui essa si fa espressione – Martino, *Il processo civile,* cit., 14.

[151] Più precisamente, la modalità cartolare dovrebbe allora escludersi quando è prevista la presenza personale delle parti per tentarne la conciliazione. Tipico il caso dell'udienza del nuovo art. 473 *bis*.21 c.p.c., dedicata alla comparizione delle parti nel procedimento di primo grado in materia di persone minorenni e famiglie (comparizione finalizzata alla conciliazione o alla formulazione giudiziale di una proposta conciliativa), che non si presta alla sostituzione con una corrispondenza scritta, dal momento che l'audizione delle parti è necessaria, pure qualora la conciliazione non riesca, per l'adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse delle parti stesse e dei figli. Non diversamente, incompatibili con la modalità cartolare (più che telematica) sono le altre ipotesi di comparizione personale delle parti con finalità conciliative (artt. 183, 320, 420 e 185 c.p.c.) o anche per l'interrogatorio libero *ex* art. 117 c.p.c. (nel quale l'argomento di prova può essere tratto dal "contegno delle parti" nel processo, *ex* art. 116, comma 2, c.p.c., il che presuppone, ovviamente, la loro presenza personale). Cfr. Delle Donne, *op. loco cit.*

dialogando con sé stesso, in solitaria, ma anche scrutando l'interesse delle parti, queste ultime, guidate dai loro legali, nel puntare quanto possibile ad un esito che non esponga la controversia a successive appendici litigiose[152].
Una ultima considerazione fa da ulteriore collante tra queste considerazioni e quelle immediatamente successive. Nel suo saggio del 1973, Picardi[153] osserva ancora: «la verità è che il "ruolo attivo ed assistenziale del giudice" trova nell'udienza orale le condizioni ideali per esplicitarsi quando la causa non solo si risolva esclusivamente in punto di fatto, ma sia altresì, di pronta e di facile soluzione. Tutte le volte in cui la decisione della controversia involga, invece, aspetti problematici, la stessa funzione assistenziale del giudice lo porta a postulare una procedura scritta. Ne consegue che il supporto del "ruolo attivo" del giudice non è l'oralità *tout court*, ma semmai, uno dei sistemi di oralità facoltativa […] e quindi una "oralità", in definitiva, non molto diversa da quella che trova attuazione in alcuni paesi occidentali».
Il tema si sposta allora su un versante diverso: quello della diversificazione del rito, delle tecniche del processo, non meno che dei poteri del giudice e delle parti (identificati idealmente nell'udienza e nell'oralità) a seconda della complessità della lite. È il tema – diffuso ai nostri giorni – dell'alternativa "causa semplice/causa complessa" che conduce alla scelta di una dinamica processuale piuttosto che dell'altra (rito semplificato/rito ordinario). Su questi profili mi dovrò ora soffermare perché anche dietro essi si annidano i sintomi di un cambiamento intorno al ruolo dei protagonisti del processo.

8. Il rito semplificato di cognizione. Cenni introduttivi.

L'idea che il giudizio si possa articolare in plurime tipologie di riti offre il destro per affrontare un ulteriore ambito della disciplina processuale: quello del procedimento semplificato di cognizione al cui interno occorre calare il vincolo che lega giudice e avvocati.
Sul piano procedimentale, il modello degli artt. 281 *decies*- 281 *terdecies* c.p.c. – così come introdotto dalla riforma Cartabia – mostra caratteri piuttosto diversi da quelli che descrivevano il vecchio rito sommario degli art. 702 *bis* ss. c.p.c.; sicché, la novella, lungi dal limitarsi ad un mero spostamento topografico e ad una rinominazione del medesimo istituto, ne ha costruito uno del tutto

[152] Immaginiamo la rinegoziazione di un contratto (su cui *retro*, sez. I, §§ 5 ss.): ai tempi della pandemia, essa fu imposta alle parti senza la possibilità di realizzare un vero contraddittorio orale e dinamico. In quella circostanza, l'emergenza pandemica fu la ragione unica ed indiscutibile per giustificare ogni scelta urgente; sicché, la sommatoria tra le modalità alternative di gestione dell'udienza e la decisione della lite in forma "contrattualizzata" fu accettata – non senza contrasti – proprio perché inevitabile. Oggi, un analogo risultato non sarebbe giustificabile, plurime alternative essendo pur sempre consentite e possibili (sia sul piano delle tecniche di gestione della lite, ivi compresa l'udienza, sia su quello degli esiti di merito).

[153] Picardi, *Riflessioni critiche,* cit., 34.

nuovo[154]. Nel passaggio dal vecchio al nuovo, le differenze tra il modello sommario/semplificato e quello ordinario sono venute appianandosi, a tutto vantaggio (anche in quest'ultimo caso) di un rito pienamente cognitivo, privo di evidenti segni di sommarizzazione, se non intorno al potere di precisare e modificare domande ed eccezioni, il quale nel rito di nuovo conio è subordinato alla dimostrazione di un «giustificato motivo» *ex* art. 281 *duodecies*, comma 4, c.p.c. (il che comprime non poco – rispetto all'ordinario – il cd. *ius poenitendi*[155]).

A voler riflettere sulla sua natura, si dirà che, più che un rito alternativo all'ordinario, esso si presenta come una diversa modalità di introduzione dell'ordinario stesso, entrambi venendo a coincidere nella fase decisoria, che si conclude con sentenza – seppure unidirezionalmente resa a seguito di trattazione orale ai sensi degli artt. 281 *sexies* o 275 *bis* c.p.c. – e senza alcun *distinguo* di lì in poi nelle relative impugnazioni.

Quanto all'ambito di applicazione, l'intenzione che appare emergere dalla nuova disciplina dell'art. 281 *decies* c.p.c. sembrerebbe quella di delinearlo in ragione del livello di "complessità" della lite, dirottando sul modello semplificato le cause semplici e verso quello ordinario le cause complesse

---

[154] Senza pretese di completezza, Luiso, *Il nuovo,* cit., 145; Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione,* in Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile,* cit., 155 ss.; Id., *Il (semi)nuovo procedimento semplificato di cognizione,* in *Giusto proc. civ.,* 2023, 1 ss.; Menchini-Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo davanti al tribunale,* in *Riv. dir. proc.,* 2023, 578 ss, spec. 581; Carratta, *Le riforme del processo civile,* cit., 76; Califano, *Il "rito semplificato" di cognizione davanti al tribunale e al giudice di pace,* Bologna, 2023, *passim;* Mingolla, *Il processo semplificato,* in Cecchella (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma,* cit., 169; Tiscini, *Commento all'art. 281* decies *ss*., in Tiscini (a cura di), *La Riforma Cartabia,* cit., 405; Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione (o meglio il "nuovo" processo di cognizione di primo grado),* in *www.Questionegiustizia.it;* Giussani, *Le nuove norme sul rito semplificato di cognizione,* cit., 632 ss; Motto, *Prime osservazioni sul procedimento semplificato di cognizione,* in *www.Judicium.it*, dal 16 gennaio 2023.

Seppure sotto il profilo istruttorio rito ordinario e rito semplificato si sovrappongono completamente, una differenza tra i due compare all'orizzonte – prima inesplorata – quanto alla formazione del *thema decidendum.* Nel descrivere la trattazione alla prima udienza, l'art. 281 *duodecies*, comma 4, c.p.c. stabilisce che il giudice può concedere alle parti un termine perentorio non superiore a venti giorni per precisare e modificare le domande, le eccezioni e le conclusioni, per indicare i mezzi di prova e produrre documenti, nonché un ulteriore termine non superiore a dieci giorni per replicare e dedurre prova contraria «*se richiesto e sussiste giustificato motivo*». È questa la disposizione che desta maggiore perplessità, in quanto fortemente limitativa del potere di precisazione e modificazione, il noto *ius poenitendi*, che invece nel rito ordinario è illimitato (alla condizione che la modificazione non comporti domanda nuova). La scelta si può collocare in linea con la necessità di comprimere il rischio di dilazionare i tempi del processo, subordinando il compimento di certi atti alla sussistenza di una effettiva necessità (un giustificato motivo), non diversamente da come avviene nel rito del lavoro – anch'esso improntato alla celerità – nel quale alla prima udienza il potere di modificare domande eccezioni e conclusioni è subordinato alla sussistenza di "gravi motivi" e previa autorizzazione del giudice (art. 421 c.p.c.). La scelta desta preoccupazione in quanto espone al pericolo di una compressione, nel rito semplificato, dello *ius poenitendi*, così finendo per pregiudicare la parte che se ne voglia avvalere in misura maggiore di quanto avvenga in quello ordinario. Intorno al "giustificato motivo", osserva Luiso, *Il nuovo processo,* cit., 142: «non è il caso di imbarcarsi in raffinate analisi dogmatiche ed esegetiche, per dare un preciso significato alle parole utilizzate dal legislatore. Occorre invece seguire la stella polare della attuazione del contraddittorio – che impone di dare sempre una possibilità di replica alle novità introdotte in giudizio da controparte – associata al principio per cui questa replica deve trovare luogo nella prima difesa successiva al momento in cui l'interesse alla replica è sorto». Auspica un uso del "giustificato motivo" piuttosto liberale da parte della giurisprudenza, Balena, *Il procedimento,* cit., 162; Id., *Il (semi)nuovo,* cit., 15. Per Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione,* cit., § 11, si tratta senz'altro di un "passaggio cruciale", tale per cui «la fortuna pratica del rito semplificato dipenderà dall'interpretazione che si vorrà offrire ai "giustificati motivi" cui è subordinata la fissazione dei termini per il deposito delle memorie scritte». Anche secondo Menchini-Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo davanti al tribunale,* cit., 581, il successo o l'insuccesso del rito semplificato dipenderanno dall'interpretazione che sarà data a tale disposizione. Per il momento, i dati giurisprudenziali sembrano tranquillizzanti, dal momento che i primi protocolli dei tribunali offrono una nozione piuttosto elastica del giustificato motivo (cfr. Trib. Milano, 16 marzo 2023).

(in fatto o in diritto)[156]; tuttavia, evidenti sono le difficoltà che si avvertono nel definire cosa si debba intendere per lite "complessa" o "semplice". È illusorio pensare che le due categorie siano a compartimenti stagni, come anche è illusorio pensare che si tratti di distinzione identificabile a priori, sulla base dei soli atti introduttivi. In realtà, tutto dipende dall'intero sviluppo della lite (in relazione, tanto al *thema decidendum*, quanto al *thema probandum*); sicché la vera consistenza della complessità/semplicità può emergere a stato avanzato del processo. Sotto il profilo dell'ambito di applicazione, dunque, l'innovazione apportata dalla riforma Cartabia è più apparente che reale, restando fermo – come in precedenza – che il tasso di complessità della controversia (in diritto o in fatto) è misurabile solo in corso di causa; semmai, la novella ha il pregio di avere esplicitato orientamenti – intorno al livello di complessità della lite – venutisi consolidando per via di prassi nel regime previgente. Emerge dunque evidente la centralità di una conversione del rito che consenta di salvare la litispendenza – pur in presenza di un errore iniziale nella individuazione del modello processuale applicabile al caso – dirottando il giudizio, *lite pendente*, verso la dinamica processuale più adatta.

8.1. Il ruolo del giudice e degli avvocati nell'alternanza tra riti e nella storia.

L'aria che si respira nella disciplina del procedimento semplificato di cognizione non è nuova. Essa si pone in linea con il sistema processuale nel suo complesso, quello di tutti i tempi, ispirato da sempre all'esigenza di differenziare i riti in ragione della complessità della lite. Così è nel codice del 1865 in cui la distinzione tra processo formale e procedimento sommario[157] nasce proprio dalla necessità di costruire un canale speciale (o comunque adeguato) per le cause di più agile decisione, relegando il modello formale a quelle più complesse. La medesima esigenza si ripete negli anni[158], seppure con mutate sembianze, di riforma in riforma, di prassi in prassi, finendosi così per edificare

---

[156] L'art. 281 *duodecies*, comma 1, c.p.c. conferma che la valutazione intorno alla convertibilità del rito può riguardare una complessità sia in punto di fatto (istruzione probatoria), sia in punto di diritto (sulla *quaestio iuris*), sia anche in relazione al *thema decidendum* in generale, alle questioni controverse o al numero di parti coinvolte nel giudizio (non diversamente l'art. 183 *bis* c.p.c. per la conversione in direzione contraria). Cfr. Menchini-Merlin, *Le nuove norme,* cit., 605; Balena, *Il procedimento,* cit., 157; Id., *Il (semi)nuovo,* cit., 12; Tiscini, *Commento all'art. 281* duodecies, cit., 425 ss. Si tratta d'altra parte di una conclusione a cui giurisprudenza e dottrina erano pervenute anche nella vigenza del procedimento sommario di cognizione. Optavano per una generica complessità delle questioni incerte, non importa se di fatto o di diritto, se di rito o di merito, Tedoldi, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione,* Bologna, 2013; 371; Romano A.A., *Appunti sul nuovo procedimento sommario di cognizione,* in *Giusto proc. civ.,* 2010, 168 s., spec. 196; De Cristofaro, *Sommarizzazione e celerità tra efficienza e garanzie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2020 481 ss. spec. § 5. Neppure il tasso di semplicità era necessariamente identificato in relazione alla tipologia dell'istruttoria, non rilevando, a tal fine, né la quantità, né la necessità o meno di prova costituenda, bensì la complessità delle questioni incerte (Luiso, *Diritto processuale civile,* cit., 134; Id., *Il procedimento sommario di cognizione,* in *Giur. it.,* 2009, 1569; Menchini, *L'ultima "idea" del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione, in Corr. Giur.*, 2009, 1025 ss., spec. 1030; Tedoldi, *op. loco cit.*). In giurisprudenza, sul rilievo di una complessità anche solo in diritto, Trib. Verona, 9 agosto 2011.

[157] Per una ricostruzione della vicenda, vd. per tutti e più di recente Carratta, *Gli ottant'anni del codice di procedura civile: il IV libro e la tutela sommaria*, in *Judicium*, 2023, 35 ss. Per il periodo anteriore e l'evoluzione storica della vicenda, sia consentito rinviare a Tiscini, *Commento agli artt. 702 bis* ss, in *Commentario del codice di procedura civile,* vol. VII, 2, Torino, 2014, 559.

[158] Ulteriore significativa esperienza di alternanza tra un rito ordinario ed uno sommario è quella delle controversie societarie, così come disciplina dal d.lgs. n. 5/2003, dalla vita breve in quanto abrogato con la l. n. 69/2009. Sia consentito rinviare ancora a Tiscini, *Commento agli artt. 702 bis* ss. cit., 559.

modelli processuali destinati ad operare in concreto con modalità spesso distanti da come immaginati dalla legge generale ed astratta.
Tornano alla mente le lezioni messicane di Calamandrei, ove si dà atto della tendenza del legislatore ad affiancare ad un processo «formale» un altro procedimento «sommario» in quanto «abbreviato e concentrato», al contempo rilevando la fallacia di un atteggiamento legislativo proiettato sulla differenziazione dei riti (uno dei quali "semplice" e l'altro "complesso"), di fatto annacquato dalla prassi, da un «costume giudiziario» che altera i programmi legislativi, rendendo «pigro e solenne» il rito (sommario) nato per essere «celere e semplice»[159]. Ancora, tornano alla mente – diversi decenni dopo – le parole di Picardi, il quale – nel riflettere intorno al ruolo dell'oralità nel processo[160] – indirizza l'utilità dell'udienza orale soprattutto nelle cause semplici "in punto di fatto" o di "pronta e facile soluzione", al cospetto delle quali ben si colloca il "ruolo attivo ed assistenziale del giudice" che si estrinseca nell'udienza orale[161]; anche qui si mostra evidente l'utilità di una differenziazione dei riti in ragione della semplicità della controversia, una stratificazione che – guardata dal lato della partecipazione attiva del giudice e delle parti – conduce a ritenere proficuo l'incontro orale tra i protagonisti del processo nelle cause in cui la facile decidibilità apre ad una maggiore possibilità di dialogo (anche, come già visto[162], nell'auspicio di una maggiore attitudine al raggiungimento di un accordo negoziale tra le parti).
Fa parte della storia l'idea che sia da apprezzare la costruzione di riti diversi (l'uno solenne e l'altro semplificato), distinguendoli in base all'oggetto delle controversie che vi si adattano, in relazione al tasso di complessità. È quindi nota l'equazione lite complessa=rito solenne e lite semplice=rito semplificato. Come anche è noto che, nel descrivere il livello di complessità del contenzioso, nonché le dinamiche che in concreto caratterizzano il procedimento, tutt'altro che scarso è il contributo del costume giudiziario (per usare le parole di Calamandrei). Il fenomeno richiama alla mente il cd. *case management*, volto a rappresentare la pluralità di schemi processuali (non già un unico schema universalmente valido per tutti i tipi di controversie) differenziando i modelli di trattazione della causa in relazione ai caratteri peculiari del giudizio che ne è oggetto[163].

---

[159] Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 133. È il fenomeno che Calamandrei chiama «desommarizzazione del processo sommario», a voler rappresentare un processo che «messo a contatto con la pratica, tende a diventare formale, e ad appropriarsi di tutte le lentezze e complicazioni del processo ordinario». Il che – secondo il Maestro – è ascrivibile ad una prassi al cui realizzarsi contribuiscono proprio avvocati e giudice i quali «invece di esser grati al legislatore che ha voluto rendere più snello e meno ingombro di formalità il loro lavoro, si trovin d'accordo per far fallire ogni tentativo di riforma che miri a render più rapido il corso della procedura».

[160] Su cui *retro*, § 7.2.

[161] Picardi, *Riflessioni critiche,* cit., 34; ma vd. Giussani, *Le nuove norme,* cit., 634, in direzione contraria, nel senso che la funzione acceleratoria dell'oralità è massimizzata nelle controversie più complesse, nelle quali è relativamente più probabile che una deduzione di parte imponga di concedere repliche all'avversario che possono, almeno in alcune occasioni, essere concentrate all'udienza orale.

[162] *Retro*, § 4.2.

[163] È d'altra parte un auspicio non di oggi quello di costruire un rito capace di adattarsi al caso concreto, la cui elasticità procedimentale possa consentirne un adeguamento alla necessità della singola causa (così già Cipriani, *Il processo civile italiano, tra processo e garanzie,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2002, 1243; nonché di recente Biavati, *Elasticità e semplificazione: alcuni equivoci,* 2019, 1151). È il fenomeno del cd. *case management*, in voga da anni, e che tanto è valso per promuovere il rito semplificato di cognizione. Sul *case management,* per tutti, De Cristofaro, Case management *e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo,* in *Riv. dir. proc.,* 2010, 295; Ficcarelli, *Fase preparatoria del processo civile e* case management *giudiziale*, cit., *passim*; Dalfino, Case management *e ordine delle questioni*, in *Studi in onore di Acone*, Napoli, 2010, 847; Abbamonte, *Il procedimento sommario di cognizione e la disciplina della conversione del rito,* Milano 2017*,* 295.

Non si tratta della nota distinzione tra cognizione piena e cognizione sommaria, la quale si fonda su una diversa intensità della cognizione, sulla parzialità di essa, sulle modalità di gestione della fase istruttoria, o sulla eliminazione di alcune garanzie processuali (rinunciabili) allo scopo di assicurare migliori risultati in termini di celerità della decisione. Qui si tratta solo di semplificare il procedimento, destrutturarlo, rinunciando ad una sua predeterminazione rigida, lasciando che sia il giudice a cadenzare i ritmi attraverso un diverso e più intenso dialogo con le parti (di qui l'idea – che poi è venuta mutando nel tempo – che l'oralità meglio si collochi in contesti di cause semplici o più semplicemente gestibili).
Nulla di nuovo, allora, laddove la riforma Cartabia, nel descrivere l'ambito di applicazione del procedimento (in assenza di sommarietà), lo aggancia a controversie "semplici"; nulla di nuovo laddove, pur nel tentativo di dare un senso concreto alla nozione di "semplicità della lite", finisce per rinunciare a criteri definitori inchiodanti, rimettendo perciò la questione al costume giudiziario (ed in attesa di quello).
Al cospetto delle evidenziate difficoltà di distinguere lite semplice da lite complessa, allora, il vero punto di forza – seppure non una invenzione di oggi rispetto alle più antiche legislazioni[164] – riguarda il transito da un rito all'altro, mediante la conversione, che salva la litispendenza ed al contempo consente alle parti ed al giudice di "correggere il tiro", nel caso in cui la scelta originaria per il rito più adatto non sia stata la migliore.
La tecnica è in astratto vincente sotto vari profili: dell'economia processuale, della celerità, della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, dell'efficienza e dell'effettività del processo. Senonché, la possibilità della conversione vale anche quale cartina di tornasole dell'equilibrio nel rapporto tra le parti, tra i protagonisti del processo, nonché della buona fattura della legge processuale. Il meccanismo è ben costruito se, nel transitare da un rito all'altro, nel consentire lo spostamento da una dinamica procedimentale a quella diversa, non vi sia uno squilibrio tra le parti tra loro (i rispettivi avvocati) e tra parti e giudice. I sospetti che non sia ben costruito il modello processuale – nella alternanza tra rito formale e rito semplificato – emergono invece quando, in tale passaggio, l'ago della bilancia si sposta a favore di uno o dell'altro dei protagonisti (non necessariamente nel senso della vittoria sostanziale, bensì) per come si sviluppano le dinamiche del giudizio.

8.2. Segue: e nel procedimento semplificato di cognizione.

Occorre allora guardare al procedimento semplificato degli artt. 281 *decies* ss. c.p.c. per verificare se il meccanismo sia davvero ben congegnato, quanto all'onere posto a carico delle parti nello scegliere il rito e ai poteri del giudice di disporne la conversione alla prima udienza. Va premesso che, ferma restando la maggiore (apparente) chiarezza intorno ai termini della "semplicità della lite", il nuovo procedimento semplificato di cognizione non si mostra molto diverso dal sommario di cognizione degli artt. 702 *bis*, *ter* e *quater* c.p.c., in entrambi confermandosi una discrezionalità valutativa in capo alle parti ed al giudice.
È l'attore in primo luogo a disporre del potere di indirizzare la causa verso un rito o l'altro: scelta questa che, per quanto modificabile attraverso la conversione, conserva taluni effetti definitivi. Ad esempio, se l'attore introduce il giudizio con citazione ordinaria, si producono effetti che tendono a

[164] Sulla conversione del rito da formale in sommario nel codice del 1865, vd. Abbamonte, *Il procedimento,* cit., 139 ss.

stabilizzarsi nonostante l'art. 183 *bis* c.p.c. contempli la possibilità di una conversione del rito alla prima udienza. Non ha mancato da subito di notare la dottrina come, al cospetto delle nuove dinamiche della fase introduttiva del giudizio ordinario (caratterizzate da una intensa attività di verifiche preliminari e di scambio di memorie *ex* artt. 171 *bis* e 171 *ter* c.p.c. anteriori alla prima udienza), nonché considerato che alla prima udienza la causa dovrebbe in astratto essere già matura per la decisione, finiscono di fatto per essere residuali i casi in cui la conversione del rito potrà davvero trovare spazio[165]. Una volta superata la fase introduttiva (ove si annidano le maggiori differenze tra rito ordinario e semplificato), nonché ridotta al minimo quella di assunzione delle prove (in considerazione della genetica semplicità della lite che dovrebbe contraddistinguere le cause per le quali è opportuno trasferire il rito da ordinario in semplificato)[166], considerato inoltre che al momento della decisione i due modelli processuali sono destinati a confluire in una comune modalità, quella dell'art. 281 *sexies* c.p.c., tutto ciò considerato, si può ritenere che, sia che il giudice converta il rito, sia che non lo faccia, è probabile che il procedimento segua il medesimo iter della decisione nelle forme dell'art. 281 *sexies* c.p.c.[167] È dunque superfluo riconoscere un potere di conversione – una volta superata la fase introduttiva e delimitato il *thema decidendum* e *probandum* – in un momento in cui le dinamiche processuali si omologano[168].
D'altra parte, non diversamente accade quando la scelta dell'attore inclina verso la modalità semplificata. Anche in questo caso, pur restando possibile per il giudice convertire il rito alla prima udienza, è evidente che, quanto alle modalità ed ai tempi di introduzione del giudizio, la scelta per il modello semplificato consente all'attore di giocare di anticipo rispetto al convenuto (basti pensare ai limiti a cui è sottoposto il convenuto quanto allo *ius poenitendi* in prima udienza, ove l'attore abbia optato in principio per la modalità semplificata[169]).
Veniamo al convenuto. Sia che la causa sia introdotta nelle forme ordinarie, sia che essa pieghi verso le modalità semplificate, quest'ultima resta pur sempre la parte che subisce la scelta dell'attore. Non che egli sia del tutto sguarnito di armi per condizionare il successivo sviluppo procedimentale: può infatti sempre sollecitare il giudice alla prima udienza, cercando di indirizzarlo verso la conversione del rito da ordinario in semplificato (dimostrando che si tratta di causa semplice) ovvero in direzione opposta (articolando una complessa difesa in punto di fatto o di diritto tale da giustificare il passaggio da rito semplificato a rito ordinario).

---

[165] A meno di non voler utilizzare la conversione al solo scopo di fuggire dalle stringenti maglie del rito ordinario, come già si vede fare nelle prime applicazioni (Trib. Piacenza 1° maggio 2023, in *www.Judicium.it*, con nota di Limongi, su cui si tornerà in seguito), ma derogando alla regola dell'art. 183 *bis* c.p.c. che impone la conversione del rito in prima udienza, e provvedendo anticipatamente rispetto a tale momento senza previa istaurazione del contraddittorio (sul tema tornerò *infra* § successivo).

[166] Non va dimenticato che il modello semplificato meglio si colloca nelle ipotesi in cui la causa è già matura per la decisione senza necessità di un'istruttoria o perché essa è solo documentale o perché fondata su fatti pacifici. D'altra parte, anche sotto la vigenza del precedente testo, si era riconosciuto come, una volta convertito, il giudizio poteva essere definito *uno acto*, nel senso che «alla prima udienza *ex* art. 183 *bis* c.p.c., il giudice, sentite le parti e trasformato il rito da ordinario a sommario, può contestualmente sia pronunciarsi sulle richieste di prova presentate dalle controparti, sia provvedere alla definizione del procedimento» (Trib. Milano, 21 gennaio 2016, in *Dejure*).

[167] Secondo Giussani, *Le nuove norme,* cit., 633, la conversione del rito (da ordinario in semplificato) disposta a seguito dell'esaurimento della fase introduttiva «si riflette solo nel limitare le opzioni disponibili per lo svolgimento della fase decisoria, nella logica della prevedibilità, oltre che dei termini, dei tempi».

[168] Nel medesimo senso, Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione,* cit., § 4.

[169] *Amplius retro*, § 8.

Va pur detto – d'altra parte – che è il gioco delle parti. Sul piano dei rapporti sostanziali, e salve le ipotesi di inversione dell'iniziativa processuale, attore è colui che ha da chiedere, da far valere un diritto, da attivare la macchina giudiziaria, sicché ha buon gioco il processo nel costruire un meccanismo che gli riconosca un certo potere di scelta sul piano procedimentale; il fatto è che tale potere non deve andare a scapito degli esiti di diritto sostanziale.
Il giudice. Il vero potere fa capo a lui perché è discrezionale e insindacabile il provvedimento di conversione del rito alla prima udienza; un potere che difficilmente può essere causa di nullità tali da giustificare l'impugnazione (non del provvedimento di conversione del rito in sé, bensì) della decisione finale per nullità derivata[170]. Si tratta di potere discrezionale che all'apparenza la riforma Cartabia ha tentato di imbavagliare costruendo ambiti di obbligatorietà e di facoltatività più stretti. Si è visto tuttavia[171] come tali ambiti siano tuttora molto evanescenti e come sia un'illusione pensare che con la novella si sia riusciti davvero a trasformare il potere in obbligo.
Anche questo tuttavia è il gioco delle parti. È fisiologico che sia il giudice a guidare il processo, ad orientarlo verso le dinamiche che nella sua esperienza e nella sua conoscenza – in concreto – dei termini della lite siano ritenute più idonee a coniugare diritto sostanziale e tutela processuale. La situazione non è molto diversa da quella che si è descritta esaminando i poteri del giudice di condurre la causa verso soluzioni negoziate (verso una conciliazione giudiziale, non meno che una mediazione demandata, o anche formulando una proposta di soluzione della lite[172]).

8.3. Segue: giudice, avvocati e garanzia del contraddittorio.

Resta da chiedersi di quale garanzia ci si possa giovare affinché si acquisisca certezza che, nel transitare da un rito all'altro, il sistema sia in equilibrio. C'è il faro del principio del contraddittorio: una garanzia di anno in anno arricchita di valori aggiunti per assicurare che davvero tra parti e giudice non vi sia squilibrio (perché solo se c'è equilibrio sul piano processuale può aversi certezza che su quello del diritto sostanziale la sentenza offra tutela alla parte che ha ragione). Una garanzia che non sfugge neanche al Maestro nelle sue lezioni messicane: «il principio fondamentale del processo, la sua forza motrice, la sua garanzia suprema, è il "principio del contraddittorio"»[173]. È d'altra parte noto come sia proprio la garanzia del contraddittorio ad assicurare l'equilibrio nel rapporto tra parti e giudice[174].
Dopo le riforme costituzionali che hanno inciso sul contraddittorio[175] – le quali, a dire il vero, nulla hanno aggiunto ad un principio da sempre riconosciuto nell'art. 24 cost. – l'attenzione del legislatore più recente si è orientata sull'art. 101 c.p.c., in un primo momento consacrando in testo

---

[170] Nega del tutto tale possibilità, Motto, *Prime osservazioni,* cit., § 2, il quale esclude non solo l'impugnazione dell'ordinanza, ma anche la modifica o revoca.

[171] *Retro* § 8.

[172] *Retro* sez. I.

[173] Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 122.

[174] Lo ricorda Chizzini, *La tutela giurisdizionale dei diritti. Art. 2907,* cit., 208, nel senso che «solo nella dialettica del contraddittorio si contemperano poteri del giudice e poteri delle parti, in quanto così si garantisce con efficacia un controllo sull'esercizio dei poteri officiosi».

[175] Mi riferisco alla l. cost. n. 2/1999 che ha introdotto i principi del giusto processo.

scritto il divieto del giudizio della terza via[176] – e successivamente (con la riforma Cartabia) agganciando il rilievo del vizio all'esistenza di un pregiudizio effettivo[177]. Luiso legge la novella come ampliamento della garanzia del contraddittorio, quale «regola "aperta" che non consente il quieto acquetarsi alla verifica del rispetto delle regole di rito, ma che imponga di verificare se *in concreto, nella singola vicenda* il contraddittorio sia stato attuato ancorché tali regole siano state rispettate»[178]. Mi sembra tuttavia che la disposizione, lungi dall'ampliare, restringa la portata precettiva della garanzia aggiungendo un requisito in più al rilievo della nullità: non basta infatti che sia denunciata una violazione formale (una nullità), occorrendo piuttosto che essa sia accompagnata alla denuncia dell'esistenza di un pregiudizio effettivo[179]. Un passo indietro intorno alla necessità di assicurare sempre il contraddittorio, dunque, non un passo avanti.

Tornando allora al potere discrezionale del giudice di convertire il rito (da semplificato in ordinario e viceversa), c'è da chiedersi se si daranno mai casi di censurabilità dell'ordinanza di conversione per violazione del contraddittorio; se la parte che vuole dolersi di tale provvedimento possa denunciare un pregiudizio effettivo al cospetto di due riti che finiscono per differire l'uno dall'altro veramente per poco e solo nell'introduzione. La risposta è negativa. Sarà la prassi – il costume giudiziario – a dare certezze, ma senz'altro non c'è da ben sperare intorno alla possibilità di porre vincoli al potere giudiziario.

Il fatto è che quella conversione del rito che all'indomani dell'entrata in vigore degli artt. 702 *bis* ss. c.p.c. è stata salutata con favore[180] – in quanto valvola di salvezza della regolarità procedimentale – ha perso il suo smalto. Non vale più di tanto la pena interrogarsi sul punto semplicemente perché (per le ragioni di cui ho detto) la casistica dei transiti da un rito all'altro si ridurrà ulteriormente[181]. Se davvero tra rito ordinario e semplificato non c'è significativa differenza, se davvero non c'è motivo di interrogarsi sulla correttezza del provvedimento di conversione (incensurabile), se tutto ciò è vero ci si può tranquillizzare nel senso che il sistema sia in equilibrio (in attesa del consolidarsi del "costume giudiziario"). In realtà le perplessità non mancano.

I veri problemi, nella dinamica della conversione del rito (con specifico interesse al passaggio da ordinario in semplificato ai sensi dell'art.183 *bis* c.p.c.), compaiono al momento di collocare il meccanismo nell'incedere del processo. È qui che il tema si incrocia nella maniera più delicata con il principio del contraddittorio. Si immagina che il giudice possa valutare la convertibilità del rito già in sede di verifiche preliminari ai sensi dell'art.171 *bis* c.p.c., momento topico della fase introduttiva su cui i dubbi sono tanti ed allo stato irrisolti, al cospetto di una dottrina che insiste ad avanzare proposte e di una giurisprudenza assente (o per quel poco di provvedimenti che iniziano ad affiorare, foriera più di incertezze che di assestamenti).

In sede di verifiche preliminari dovrebbe collocarsi solo un primo invito del giudice alle parti a discutere intorno alla «*sussistenza dei presupposti per procedere con la conversione del rito*»

---

[176] Con la novella della l. n. 69/2009.

[177] Donzelli, *Pregiudizio effettivo e nullità degli atti processuali,* Napoli, 2020, *passim*. Sul riformato art. 101 c.p.c., per tutti, Luiso, *Il nuovo processo civile,* cit., 21; Delle Donne, *Commento all'art. 101,* in Tiscini (a cura di), *La Riforma Cartabia*, cit., 59.

[178] Luiso, *Il nuovo processo,* cit., 22.

[179] È la consacrazione della consolidata giurisprudenza sul cd. pregiudizio effettivo (*retro* nt…).

[180] Abbamonte, *Il procedimento,* cit., *passim*.

[181] Salvo che non prendano piede soluzioni estravaganti (Trib. Piacenza 1° maggio 2023, cit.).

(art.171 bis, comma 1, c.p.c.). Stando al testo della disposizione, la pretesa non è qui che il giudice decida direttamente sul punto, ma solo che apra il dibattito, in osservanza del contraddittorio, lasciando che poi la questione sia trattata tra le parti nelle memorie integrative dell'art. 171 *ter* c.p.c.[182]: la disposizione affianca questa indagine trilatera – giudice e parti – a quella della discussione sulle questioni rilevabili d'ufficio, sicché l'idea è che si avanzino solo delle osservazioni nel rispetto del contraddittorio tra poteri del giudice e dialogo con le parti.
Tuttavia, a minare un testo normativo apparentemente coerente con le garanzie del giusto processo (*in primis*, il contraddittorio) soccorrono due fattori. Il primo è dato dalla costruzione normativa nel suo complesso. Pur nelle buone intenzioni del legislatore, quella della conversione del rito non è questione che si può affrontare prima che i *themata decidendum ac probandum* siano completamente definiti[183]. Se il parametro per la conversione è il tasso di "semplicità" della lite, non ha senso discutere di esso in concreto senza prima aver proceduto allo scambio delle memorie integrative *ex* art. 171 *ter* c.p.c., solo all'esito delle quali si potrà avere contezza dei termini esatti della controversia (al momento delle verifiche preliminari le carte da giocare per le parti in punto di domande, chiamate in causa, eccezioni, precisazioni e modificazioni sono molte e né loro, né il giudice, dopo il solo scambio degli atti introduttivi, hanno interesse a discutere in questa sede). D'altra parte, è chiaro il testo dell'art. 183 *bis* c.p.c. nello stabilire che il provvedimento di conversione va collocato alla prima udienza. Il che però, come si è visto[184], è arma a doppio taglio, in quanto alla prima udienza la causa è ad un tale livello di maturazione da rendere inutile la conversione potendosi in ogni caso inclinare verso dinamiche decisorie sovrapponibili[185].
Il secondo fattore è dato dalla prassi che potrebbe formarsi. Per eliminare quest'ultima criticità (che rischia di annacquare di fatto l'uso dell'art.183 *bis* c.p.c.), si insinua tra gli operatori l'idea che quella da svolgere in sede di verifiche preliminari non sia una mera indagine esplorativa, per onorare il contraddittorio, bensì che, per rendere funzionale ed effettivo il transito da un rito all'altro, in tale sede il giudice possa direttamente disporre la conversione (una idea, d'altra parte, che trova espressione in un primo provvedimento di merito, che si auspica resti caso isolato[186]). Se così, fosse davvero il sacrificio delle garanzie – *in primis* del contraddittorio – sarebbe

---

[182] Motto, *Prime osservazioni,* cit., § 2.

[183] In senso opposto, Gambineri, *Il procedimento semplificato di cognizione,* cit., § 4, ritiene che, per non rendere inutile il potere di cui all'art. 183 *bis* c.p.c., il giudice che rileva la presenza dei presupposti per la conversione del rito in sede di verifiche preliminari, dovrebbe attivare subito il contraddittorio delle parti e disporre il passaggio di rito a monte delle memorie integrative. Sostiene che la conversione abbia un senso ove realizzata *in limine litis*, Donzelli, *Riforma del processo civile: le disposizioni generali e il processo di cognizione, in www.giusticiv.com,* 22 novembre 2022.

[184] *Retro*, § 8.2.

[185] Motto, *prime osservazioni,* cit., § 2.

[186] Trib. Piacenza 1° maggio 2023, cit.

inaccettabile[187]. Consentire la conversione *in limine litis* significa attribuire al giudice un potere da esercitare molto prima che la materia del contendere sia definita, molto prima dell'incontro tra le parti, in quella anelata udienza (in presenza, telematica o cartolate che sia) ancora lontana a venire. Con buona pace del contraddittorio.

D'altra parte, convertire il rito al momento delle verifiche preliminari neppure è a costo zero sul piano degli equilibri tra i protagonisti del processo. Ho già evidenziato come una delle maggiori criticità del nuovo procedimento semplificato sta nei limiti imposti allo *ius poenitendi* (consentito solo in presenza di «giustificato motivo» *ex* art. 281 *duodecies* c.p.c.[188]). Disporre quindi il passaggio da un rito all'altro in un momento in cui per le parti non è ancora spirato il termine per precisare e modificare le domande rischia di collocare nelle mani del giudice una potente arma di gestione del processo, senza assicurare alle parti (ai loro avvocati) adeguati poteri per contraddire.

In sintesi, e per concludere sul punto, rispetto al tema che mi è stato assegnato. Anche rispetto al ruolo di avvocati e giudice, il vero punto nodale va cercato nella conversione del rito, potendosi ritenere il sistema in equilibrio qualora vi sia un rapporto paritario tra il potere (discrezionale e insindacabile) del giudice di convertire il rito e quello delle parti di dimostrare quale sia la migliore gestione processuale per il caso di specie.

Si può anche immaginare che la conversione trovi adeguato spazio allo scopo di orientare la causa verso modalità più agili di quelle rigide del rito ordinario. In questa fase, il rapporto tra parti e giudice può dirsi in equilibrio solo se accompagnato da una effettiva assicurazione del contraddittorio. Il provvedimento di conversione resta incensurabile ed insindacabile, ma ciò è accettabile nei limiti in cui la scelta non sia unilaterale, bensì sia stata assunta previa adeguata consultazione delle parti; così non sarebbe ove la conversione fosse disposta in sede di verifiche preliminari *ex* art. 171 *bis* c.p.c. prima ancora che la materia del contendere sia definita con lo scambio delle memorie integrative dell'art. 171 *ter* c.p.c. (come pure indebitamente emerge nei primi provvedimenti editi, a dispetto di quanto leggibile nelle norme di riferimento).

9. *Il nuovo modello processuale di rito ordinario, nella fase anteriore all'udienza.*

Il procedimento semplificato di cognizione, come ho cercato di evidenziare in precedenza, è condizionato dalle modalità con cui si svolge l'alternativa del giudizio a cognizione piena, il quale

---

[187] A tal proposito, Trib. Piacenza 1° maggio 2023, cit. – pur nella consapevolezza che la soluzione di convertire il rito prima dell'udienza sia contrastante con il testo dell'art. 183 *bis* c.p.c. – tenta di offrire di quest'ultima disposizione una interpretazione "costituzionalmente orientata", in quanto «rispondente al miglior interesse di tutte le parti alla più sollecita ed efficiente trattazione della causa», «perché occorre evitare quell'abnorme, esponenziale moltiplicazione di memorie ex *art.171* ter *c.p.c.* che oggettivamente complica la trattazione in assenza di un'apprezzabile contropartita, rectius di utilità ed economia processuale». Sicché «anche in assenza di contradditorio su tale punto specifico, non essendo agevolmente ravvisabile una lesione del diritto di difesa ad opera di un provvedimento che in un luogo di un rito ingestibile opti per uno più celere ed efficace, che di per sé tutela maggiormente tutte le parti». Non vale la pena spendere più di tante riflessioni per evidenziare la (già evidente) pretestuosità delle considerazioni ivi svolte. L'unica nota di merito del provvedimento in esame è il coraggio nell'aver evidenziato – in concreto – la sensazione che – in teoria – è nettamente prevalente: quella di una prassi che si orienterà verso una maggiore applicazione del rito semplificato rispetto all'ordinario (e proprio a cagione di quest'ultimo): Balena, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 166; Limongi, *Conversione del rito (da ordinario a semplificato) per chiamata in causa del terzo. Prime applicazioni del novellato art. 183* bis *c.p.c. (Trib. Piacenza 1° maggio 2023),* in *www.judicium.it*., 2023, § 6.

[188] Pur nell'auspicio che la prassi getti acqua sul fuoco intorno a tale rigidità.

ha ricevuto dalla riforma Cartabia delle significative novità soprattutto nella fase introduttiva, nel transito dalle verifiche preliminari dell'art. 171 *bis* c.p.c. alle memorie integrative dell'art. 171 *ter* c.p.c. Mi sono già soffermata sull'attrattiva verso il rito semplificato quale via di fuga da quello ordinario, proprio per la rigidità della fase introduttiva e di trattazione scadenzata da tale successione verifiche preliminari-memorie integrative.
Vale la pena a questo punto indugiare – seppure brevemente e senza perdere di vista gli obiettivi che mi sono stati assegnati – su tali dinamiche, quale fase processuale in cui emerge prepotente l'esigenza di assicurare un genuino dialogo tra parti (avvocati) e giudice, dialogo che invece appare a prima vista sacrificato da una comunicazione solo preventiva rispetto alla reale sede di confronto: la prima udienza (la quale finirà per rivelarsi il *redde rationem* di tanti dubbi rimasti irrisolti all'esito degli scambi preliminari).
In estrema sintesi – e rinviando per i dettagli alla copiosa dottrina che si è occupata del tema[189] – mi limito qui a ricordare che intendimento della riforma è riempire l'inutile *spatium temporis* tra la notificazione della citazione e la prima udienza di una attività altrimenti proiettata sull'udienza stessa. Si vuole così eliminare il vuoto consegnandovi attività in precedenza destinate a svolgersi alla presenza del giudice ed ora collocate in uno scambio dialettico che solo all'apparenza coinvolge i tre protagonisti del processo. Sembrerebbe idea vincente perché è sempre bene riempire i vuoti di un processo che può davvero garantire una durata ragionevole se non patisce al suo interno l'inutile e il vacuo. Senonché gli auspici non sembrano trovare soddisfacente risposta né nel testo scritto né nei primissimi (pochi, a dire il vero) risultati applicativi.
Il modello così costruito è in realtà tutt'altro che nuovo. Si annoverano almeno due precedenti ispirati al medesimo scopo[190]: il processo formale del codice del 1865 e il rito societario (a cognizione piena) del lgs. n.5/2003. Entrambi erano ispirati alla necessità di coinvolgere il giudice solo a stato avanzato della causa quando già il tema *decidendum ac probandum* fosse stato definito dalle parti. Tuttavia entrambi hanno prodotto esiti fallimentari, tanto da essere rimossi dal sistema con la velocità con cui erano stati concepiti (non posso non chiedermi, pertanto, che senso abbia aver investito proprio su un modello che in passato non ha dato buona prova di sé).

9.1. Dalle verifiche preliminari alle memorie integrative.

Di là dalle disposizioni di dettaglio – nonché dalle specifiche questioni applicative che emergeranno nella prassi intorno agli artt. 171 *bis* e 171 *ter* c.p.c. – ciò su cui vale la pena interrogarsi è se il meccanismo processuale – nell'alternanza tra le verifiche preliminari e lo scambio delle memorie integrative – sia davvero capace di assicurare un dialogo costruttivo tra avvocati e giudice. L'idea di anticipare rispetto all'udienza tutta l'attività di controllo sulla regolarità formale, di discussione intorno alle questioni rilevabili d'ufficio, nonché di formazione della materia del contendere può

---

[189] Il tema è all'attenzione dei più: senza pretese di completezza, Luiso, *il nuovo processo,* cit., 169 ss; Menchini-Merlin, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo davanti al tribunale,* cit., 578 ss; Carratta, *Le riforme del processo civile,* cit., 40 ss.; Reali, *La fase introduttiva e la trattazione,* in Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile,* cit., 78 ss.; Capponi, *Note sulla fase introduttiva del nuovo rito ordinario di cognizione,* in *www.Giustiziacivile.com,* 2022, 5; Buoncristiani, *Il processo di primo grado. introduzione, preclusioni, trattazione e decisione,* in Cecchella (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma,* cit., 49 ss.; Delle Donne, *Commento agli artt. 271 ss,* in Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia,* cit., 271 ss.

[190] In questi termini, Reali, *La fase introduttiva e la trattazione,* cit., 50 ss.

essere astrattamente vincente; il problema è comprendere se essa sia anche coerente con la necessità di assicurare un effettivo ed efficiente dialogo all'interno della "comunità processuale"[191]. Già ho affrontato il profilo problematico di un contraddittorio e di un incontro tra parti e giudice di tipo solo "virtuale" in occasione delle riflessioni svolte sulle modalità alternative di gestione dell'udienza (soprattutto cartolare)[192]. Il tema va ora calato nelle più delicate fasi processuali collocate tra l'introduzione e la trattazione della causa.

È noto come la scelta di una tipologia procedimentale piuttosto che un'altra – tra un processo senza preclusioni, impostato alla logica del "non so come", ad uno fondato su preclusioni rigide – fortemente condizioni le possibilità di dialogo tra le parti e la proiezione del processo stesso verso la ricerca della verità materiale: ora privilegiando soluzioni volte a concentrarne la durata (incastrando le dinamiche in una tempistica rigida a scapito della correttezza sostanziale della relativa decisione), ora imprimendo allo sviluppo del giudizio un incedere quale che sia, purché allo scopo di assicurare la soluzione più in linea con la verità materiale. Una tale alternanza ha caratterizzato l'evoluzione legislativa di tutti i tempi (non solo dal codice del 1942, ma anche prima) con una netta inclinazione, nelle riforme più recenti, verso l'affermarsi di preclusioni rigide nella prospettiva della ragionevole durata del processo[193]. Tuttavia, in ognuna delle proposte legislative succedutesi nel tempo, emerge chiara un'esigenza primaria da assumere a parametro per misurare l'equilibrio nel sistema: la garanzia del contraddittorio. Anche in relazione alle modalità alternative di gestione delle udienze, ho avuto modo di rilevare come qualunque modello processuale sia coerente alla condizione che sia garantito l'equilibrio tra parti e giudice e tra parti tra loro (equilibrio sinteticamente riassumibile proprio nel contraddittorio)[194].

C'è quindi da chiedersi se introduzione e trattazione della causa – così come costruite dalla riforma Cartabia – siano davvero capaci di garantire il contraddittorio. Pur premettendo che qualunque risposta al quesito non può che essere parziale, dovendosi essa confrontare con le prassi applicative – al momento assenti – la dottrina non ha mancato di evidenziare da subito le criticità dell'attuale meccanismo il quale, sia nelle sue fondamenta, sia per la fattura delle relative disposizioni, crea inconvenienti proprio sotto il profilo del contraddittorio (tale per cui gli inconvenienti della novella rischiano di essere maggiori dei benefici)[195].

In un sistema di preclusioni rigide, l'atteggiamento di fondo delle parti e del giudice non può non essere di sfiducia (o di timore) verso le dinamiche del processo, le quali nascondono insidie e tranelli nel maturare dei termini preclusivi. In un siffatto contesto, il dialogo tra i protagonisti del giudizio si rivela essenziale, allo scopo di collocare su posizioni paritarie gli avvocati ed il giudice nella prospettiva di un interesse comune, quello della ricerca della verità materiale pur nella celerità

---

[191] Questa l'espressione utilizzata da De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice,* cit., 199 ss.

[192] *Retro*, sez. I.

[193] Per una ricostruzione in questo senso, De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice,* cit., 199, con una puntuale rappresentazione dei termini imposti per la costituzione delle parti, nel previgente regime ed in quello attuale.

[194] *Retro*, § 7.

[195] Menchini-Merlin, *Le nuove norme,* cit., 588.

del giudizio (obiettivo realizzato con il contributo essenziale delle prassi dei tribunali[196] su cui tornerò a breve[197]).
In altri termini, l'esigenza di stretta e leale collaborazione tra avvocati e giudice si avverte vieppiù ogni qualvolta «il *conditor legum* di turno si trovi ad irrigidire gli spazi di acquisizione delle informazioni al processo. Ed è proprio questa necessità di collaborazione che viene esaltata, se non sublimata, negli spazi tracciati dall'imminente decreto legislativo di riforma del c.p.c.»[198]. Al contrario, la novella non sembra riconoscere adeguata dignità alla leale collaborazione tra le parti. Osserva opportunamente De Cristofaro[199] come prima della prima udienza il giudice sia chiamato a confrontarsi con il fascicolo "in solitudine", non solo per svolgere le indagini sulla regolarità formale, ma anche per sviluppare tutte le valutazioni attinenti all'oggetto del giudizio che invece avrebbero meritato una maturazione in contraddittorio delle parti, attraverso un dialogo diretto tra tutti.
In altri termini, mentre il disegno astratto della riforma immagina due fasi autonome e distinte, ciascuna delle quali gestita da uno dei professionisti senza un vero confronto con gli altri – l'una volta a controlli formali o sostanziali facenti capo al giudice, l'altra volta a consentire alle parti di svolgere le difese fino a completamento del *thema decidendum ac probandum* – l'esigenza di una effettiva collaborazione interna alla comunità processuale impone un più fattivo e diretto dialogo tra tutti i personaggi della scena.
Guardando alle attività inserite nelle verifiche preliminari dell'art.171 *bis* c.p.c., si noterà come molte di esse presuppongano un dialogo tra le parti che l'attuale dinamica processuale non consente. Faccio il caso, ad esempio, della valutazione del giudice intorno alla sussistenza dei presupposti del litisconsorzio necessario (art. 102 c.p.c.), ovvero di una chiamata in causa per ordine del giudice (art. 107 c.p.c.). Per una corretta indagine sul punto, il dialogo tra giudice e avvocati è fondamentale[200], non potendosi altrimenti definire correttamente i confini di una materia del contendere rispetto alla quale l'opportunità del coinvolgimento del terzo finisce per non essere facilmente intellegibile. In assenza di una tassatività dei casi di litisconsorzio necessario, ed al cospetto della forte discrezionalità che contraddistingue l'opportunità di ordinare la chiamata di un terzo *ex* art. 107 c.p.c. – ipotesi non sempre riscontrabili *de plano* dalla descrizione dei fatti operata dall'attore in citazione[201] – non bastano, separatamente, il contributo offerto dal convenuto con la comparsa, nonché la valutazione discrezionale del giudice per fare luce intorno alla necessità (od opportunità) di integrare il contraddittorio. Valutazioni queste che devono trovare un momento di condivisione e che non si possono svolgere in successione ed a compartimenti stagni. È innegabile il dubbio che il necessario rapporto dialogico all'interno della comunità processuale non trovi adeguata soddisfazione nel meccanismo pensato dalla riforma Cartabia[202], in cui il giudice (in sede

---

[196] Così De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice,* cit., 206.

[197] *Infra* § successivo.

[198] De Cristofaro, *op. cit*., 205.

[199] Id., *op. loco cit*.

[200] In questi termini De Cristofaro, *op. cit*., 206,

[201] De Cristofaro, *op. cit.,* 206.

[202] Non diversamente da come avveniva nel rito societario del d.lgs. n. 5/2003, improntato ad analoga dinamica.

di verifica preliminare) nonché le parti (nello scambio delle memorie integrative) si limitano a svolgere dei soliloqui.
Una situazione analoga si avverte con riferimento alle deduzioni delle parti circa questioni pregiudiziali o preliminari rilevabili d'ufficio, su cui il giudice deve assicurare il contraddittorio, nonché circa la questione dell'eventuale conversione del rito da ordinario in semplificato. In altri termini, ad eccezione delle questioni palesemente liquide, sia quelle in rito sia quelle in merito possono essere effettivamente intellegibili solo all'esito di un dialogo diretto tra le parti che il novello meccanismo non consente di assicurare[203].
C'è, allora, da chiedersi se sia davvero dialogo *triarum personarum* quello pensato nella successione dalle verifiche preliminari allo scambio delle memorie fino a giungere all'udienza; se vi sia spazio per una *relatio* in grado di assicurare il contraddittorio. Anche sotto questo profilo, saranno le prassi dei tribunali ad illuminare la strada[204].
È dunque lo studio "in solitaria" del fascicolo da parte del giudice ad imporre un nuovo modo di leggere le relazioni tra le parti, ma allo stesso tempo a giustificare – per via di prassi – l'introduzione di ulteriori strumenti capaci di rendere fattivo l'incontro diretto tra i soggetti della comunità processuale[205].
In assenza di tali nuovi mezzi, il rischio è non solo che non trovi adeguata affermazione la garanzia del contraddittorio, ma anche che interi istituti finiscano per cadere in disuso. Penso ancora alla chiamata in causa *iussu iudicis ex* art. 107 c.p.c., ipotesi di ampliamento soggettivo del processo che, se in passato ha trovato scarsa applicazione pratica[206], ancor più inutilizzato sarà alla luce della novella: quale giudice mai assumerà la responsabilità di ordinare la chiamata in causa di un terzo (quand'anche ritenuta opportuna) sulla base di una valutazione unilaterale non adeguatamente accompagnata da un confronto diretto tra le parti in contraddittorio?
In sintesi e per concludere. L'apparente ordine immaginato dalla riforma Cartabia nel distinguere le verifiche preliminari (nonché gli altri controlli o suggestioni dell'art. 171 *bis* c.p.c.) dallo scambio delle memorie di replica dell'art. 171 *ter* c.p.c. rischia di creare dei compartimenti stagni tra le varie fasi che difficilmente favoriranno il dialogo tra parti e giudice; un dialogo che è invece necessario

---

[203] Menchini-Merlin, *op. cit*., 589.

[204] Eventualmente ipotizzando l'introduzione di "note atipiche" – irrituali rispetto alla costruzione normativa – «con cui, nei 15 gg. previsti per la pronuncia dell'ordinanza *ex* art. 171 *bis* c.p.c., ed approfittando delle potenzialità del fascicolo telematico, le parti già richiamino l'attenzione del giudicante proprio su quei profili, di rito e di merito, che dovranno costituire l'oggetto della dialettica destinata a svilupparsi in particolare nella prima, ed in parte anche nella seconda, delle memorie da depositarsi nei termini fissati a ritroso rispetto alla data dell'udienza, *ex* art. 171 *ter* c.p.c.» (De Cristofaro, *op. cit.*, 207).

[205] Menchini-Merlin, *op. cit*., 589, propongono soluzioni alternative: da un lato, che il giudice possa soprassedere e limitarsi nel decreto a segnalare la questione, invitando le parti a trattarne in sede di memorie integrative *ex* art. 171 *ter* c.p.c., ed eventualmente a «completare» o «mettere in regola» la documentazione già prodotta; da un altro che si possa trovare rimedio nei principi generali sulla conduzione del processo. «Vige comunque immutato il principio, secondo cui al giudice istruttore spetta la "direzione del procedimento" e di conseguenza anche l'esercizio di "tutti i poteri intesi al sollecito e leale svolgimento del procedimento" (art. 175 c.p.c.). Mi pare dunque, oltre che legittimo, "leale" che il giudice istruttore, rilevata la probabile necessità di emettere le "provvidenze" preliminari e l'opportunità di migliore verifica sentendo i difensori, possa semplicemente con il "decreto preliminare" fissare un'udienza *ad hoc*, segnalando la questione e riservando solo all'esito l'emanazione del "decreto preliminare" dell'art. 171 *bis* (con cui sarà anche rifissata l'udienza di trattazione, con conseguente slittamento dei termini per lo scambio di memorie). Certo è una soluzione che prende del tempo, ma che apporta quel minimo di flessibilità che è componente irrinunciabile della "buona amministrazione" di qualsivoglia procedimento» (così Menchini-Merlin, *op. loco cit.*).

[206] Per tutti, Trocker, *L'intervento per ordine del giudice,* Milano, 1984.

(vieppiù in un processo a preclusioni rigide) nella prospettiva del contraddittorio. Ciò altera i tradizionali equilibri tra le *tres personae* ed impone di ricercarne di nuovi; obiettivo questo che potrà essere realizzato con l'ausilio delle prassi dei tribunali, di quel «costume giudiziario» di calamandreiana memoria su cui mi accingo a riflettere.

10. Le prassi giudiziarie quale punto di equilibrio tra giudice, avvocati e garanzia del contraddittorio.

L'importanza delle prassi nella gestione del processo (e dei rapporti reciproci tra i suoi protagonisti) non è ignota a Piero Calamandrei, che più di una volta nelle lezioni messicane richiama il «costume giudiziario» quale fulcro del giudizio e strumento di dialogo tra giudice e avvocati[207]. Dal costume giudiziario alle prassi, le parole non mutano la sostanza: sia l'uno che le altre evocano quelle *soft laws* che, pur non essendo *binding* nel nostro ordinamento, governano le dinamiche del processo creando un ordine che – se davvero diffuso e generalizzato – finisce per imporsi più di tante disposizioni di legge sostanzialmente cadute in disuso[208].
Non si tratta qui di affrontare la questione dell'efficacia (se non vincolante, quanto meno) fortemente persuasiva del precedente giurisprudenziale della Corte di cassazione (tanto più a Sezioni Unite) collegandola alla funzione nomofilattica dell'Organo Supremo[209]. Si tratta piuttosto di interrogarsi intorno al ruolo delle regole (mai divenute testo di legge[210]) di autodisciplina degli uffici giudiziari, la cui applicazione offre direttive processuali (più o meno in contrasto con testi di legge scritta[211]) dalla applicazione generalizzata[212]. Prassi che spesso trovano buon gioco proprio nei contesti in cui non arriva la forza uniformatrice della giurisprudenza di legittimità. Penso – per tutti – all'affermarsi delle prassi giudiziarie nelle sezioni (*ex* fallimentari ora) sulla crisi di impresa che, soprattutto in passato, hanno eretto regole comunemente applicate intorno ad alcuni presupposti di accesso alle procedure (*in primis*, al fallimento), tanto da fungere poi da fonte ispiratrice per le successive riforme di legge (quelle del 2005-2006, nonché da ultimo, il codice della crisi e dell'insolvenza); prassi chiamate a supplire ad una uniformità della giurisprudenza,

---

[207] Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 35 e 132.

[208] Offre una interessante ricostruzione del fenomeno Briguglio, *Le prassi processuali,* in *Il processo,* 2022, 699. Sulle prassi, in relazione alla attività degli Osservatori dei tribunali, quali fonti di produzione di norme non vincolanti, ma persuasive, Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2010, 99 e in Scarselli (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, cit., 157; Id., *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto,* in *Foro it.,* 2007, V, 7.

[209] Questo profilo sarà esaminato, seppure per cenni, nel § 12.

[210] «La prassi è condotta reiterata che non ha bisogno di norma ed anzi ha bisogno di spazi liberi da norme» (Briguglio, *Le prassi,* cit., 701).

[211] Le prassi possono essere *contra legem, pratere legem, secundum legem* o *praeter legem* (ancora sul punto Briguglio, *op. loco cit.*).

[212] D'altra parte, ci si interroga da tempo sul ruolo della giurisprudenza nel nostro sistema giurisdizionale, anche con riferimento alle regole sul rito (vd. per tutti, Cavallini, *Processo civile e semplificazione del sistema: quale ruolo per la* Iurisprudentia*?,* in *Riv. dir. proc.,* 2022, 839).

irrealizzabile per carenza del controllo di legittimità (neppure attraverso l'art.111, comma 7, Cost.), data l'incensurabilità dei relativi provvedimenti giurisdizionali.
Di esempi intorno al modo in cui le prassi giudiziarie si insinuano tra le pieghe delle norme – ora contrapponendovisi, ora in via conformativa o esplicativa – ce ne sono tanti, in molteplici ambiti del processo: nella materia esecutiva, cautelare, nei procedimenti speciali, non meno che nel giudizio ordinario di cognizione, nelle dinamiche dell'istruttoria nonché nella tempistica di un inter processuale che, improntato ad un regime rigido di preclusioni, necessita di strumenti spesso capaci di superarne le rigidità[213].
Capita spesso poi che le prassi si riversino in testo scritto (non certo fonte di legge, ma in ogni caso di peso) nella realizzazione dei Protocolli, forme di accordo tra uffici giudiziari e Ordini professionali espressivi di un'intesa reciproca intorno alle modalità di gestione del processo, i quali ben rappresentano l'utile rapporto dialogico tra le professionalità che sono parte della comunità processuale. Anche in quest'ultimo contesto gli esempi sono tanti. Per restare sui temi già trattati sotto altri profili, penso ai protocolli venutisi formando intorno al procedimento sommario di cognizione degli art.702 *bis* ss. c.p.c.[214], nonché ai protocolli di intesa tra il Consiglio Nazionale Forense e la Corte di cassazione intorno ai criteri per la redazione degli atti nel giudizio di legittimità[215].
Sono queste forme importanti di confronto tra giudici ed avvocati ancorché non guardate con riferimento al rapporto dialogico rispetto alla singola controversia, bensì in relazione al confronto tra ordini professionali. Sono spesso le prassi che dirimono i contrasti, che guidano l'evolversi della giurisprudenza e forniscono utili indicazioni nella decisione dei casi concreti; sono la vita pulsante che si vive nei corridoi dei tribunali, nelle aule giudiziarie, un bene con cui il processo è costantemente chiamato a confrontarsi.
Si dirà – in tono critico – che le prassi confondono le idee perché vincolano a regole non scritte (o che comunque non valgono quali fonti del diritto[216]) talora suggerendo (o imponendo) soluzioni applicative differenziate di luogo in luogo, di ufficio giudiziario in ufficio giudiziario; il che è tanto più evidente quanto più le differenziazioni delle prassi sono conseguenza delle diversità economiche e sociali che in un paese come il nostro (diviso tra nord e sud) sono quanto mai evidenti. Si tratta tuttavia di un fenomeno reale con conseguenze inevitabili, proprio perché la diversità di fondo del sostrato socio economico, dell'organizzazione giudiziaria, della disponibilità delle risorse, si riflette sui diversi ambiti del contenzioso, con una litigiosità differenziata e dunque la necessità di soluzioni variabili pure sotto il profilo delle dinamiche processuali.

---

[213] De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice,* cit., 200 ss.

[214] Così il *Protocollo dell'Osservatorio di Verona*, in *Foro it.,* 2010, V, 84; il *Protocollo dell'Osservatorio Romano sulla giustizia civile*, *ivi,* 2010, V, 195. Sul tema vd. anche Acierno, *Il procedimento sommario di cognizione: le prime questioni applicative,* in *Corr. giur.,* 2010, 503; Mondini, *I provvedimenti dei presidenti dei tribunali di Genova e di Bologna per la prima applicazione del procedimento sommario di cognizione*, *ivi,* 2010, 517.

[215] *Protocollo d'intesa tra la Corte di cassazione e il consiglio nazionale forense in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria,* 17 dicembre 2015, nonché *Protocollo d'intesa sul processo civile in cassazione*, tra Corte suprema di cassazione, la Procura Generale della Corte di cassazione, l'Avvocatura Generale dello Stato e il Consiglio Nazionale Forense, 1^ marzo 2023.

[216] Sulla natura delle prassi quali "norme" destinate ad operare nell'ambito di una struttura sociale di una comunità conferendo ai relativi precetti una particolare "efficacia", più o meno vincolante o persuasiva, Caponi, *Autonomia privata e processo civile,* cit., 157; Id., *L'attività degli osservatori,* cit., 7; Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati,* Milano, 1998, 6.

Difficilmente il processo civile riesce ad essere sempre uguale a sé stesso, dovendo esso adattarsi alle esigenze concrete, non solo quelle legate alla vicenda giudiziaria, ma anche quelle che derivano dal diritto sostanziale, allo scopo di ripristinare l'equilibrio tra le parti di un rapporto di per sé squilibrato. Torna così l'idea – su cui mi sono già soffermata[217] – di un processo "inclusivo" che per essere tale deve potersi mostrare cangiante (la "giustizia contrattualizzata"). Il fatto è che, anche nella prospettiva di un modellamento della regola processuale per il buon fine della tutela delle parti sul piano dei rapporti sostanziali, l'intervento delle prassi può essere di aiuto. La deroga alla lettera della legge processuale – o quanto meno la sua reinterpretazione – per perseguire l'utile scopo della giustizia sostanziale, può essere governata da una prassi nel senso che, così facendo, non è il singolo giudice che, nel caso concreto, applica la legge in maniera estravagante, estemporanea, occasionale, essendo piuttosto una tale lettura inserita all'interno di un più strutturato dialogo tra uffici giudiziari e classe forense, tale da fare dell'esigenza del singolo un fenomeno diffuso. In altri termini, che la soluzione *praeter legem* (o anche *contra legem*) faccia parte di una prassi è rassicurante perché esprime un'esigenza della collettività e non del singolo; sicché gli obiettivi perseguiti, lungi dall'essere individuali, sono quelli della comunità processuale in generale, il che consente di stabilizzare i risultati e fornire certezza (pur senza invadere il territorio invalicabile delle fonti del diritto).

Vengo allora al processo civile, così come consegnato dalla riforma Cartabia, a quei profili dinamici – analizzati in precedenza – che più degli altri, pur se nell'auspicio di assicurare la ragionevole durata del processo, sono finiti per allontanare le occasioni di incontro tra giudice e avvocati. Cosa ci si può aspettare, in relazione ad essi, dalle prassi dei tribunali? La speranza di interventi chiarificatori ad opera delle prassi non manca: è la speranza che il consolidarsi del "costume giudiziario" lenisca, anziché accentuare, le difficoltà di dialogo tra i protagonisti del processo (difficoltà evidenti tra le pieghe di una riforma che solo all'apparenza si cura di tutelare la relazione reciproca).

Auspico perciò che le prassi dei tribunali riusciranno a fare chiarezza su quella incerta nozione di "semplicità della lite" intorno a cui ruota l'alternativa tra giudizio ordinario e semplificato[218] (sì da evitare il diffondersi delle conversioni di rito che, alla prova dei fatti, produrranno sulla durata dei processi effetti distorsivi). Auspico che, nonostante l'ampia estensione (stando al testo di legge[219]) nell'utilizzabilità degli strumenti alternativi di gestione dell'udienza, di questi ultimi si faccia un uso oculato, solo quando davvero necessari e comunque senza schiacciare il senso dell'oralità quale occasione di stimolante e culturalmente costruttivo incontro tra parti e giudice. Auspico che la gestione "in solitaria" del fascicolo nella fase pre-udienza non sia davvero tale e si prevenga il rischio che le difficoltà nel confronto tra le parti riversi sull'udienza gli irrisolti delle fasi precedenti (ché, se così fosse, la prospettiva dell'effettiva accelerazione del processo sarebbe destinata a svanire). In estrema sintesi, auspico che le prassi dei tribunali, i protocolli, gli accordi di intesa tra ordini professionali non facciano cadere nell' oblio l'imperitura esigenza che tra i protagonisti del processo (scritto o orale che sia) il dialogo non venga mai a mancare.

---

[217] *Retro*, § 8 ss.

[218] *Retro*, § 7.

[219] *Retro*, § 9 ss.

11. Brevi ritorni sulla "giustizia contrattualizzata", tra disponibilità e indisponibilità delle regole processuali.

A chiusura di questo settore di indagine, occorre tornare su temi già esaminati, ma sotto un diverso angolo visuale. Il fenomeno della «giustizia contrattualizzata» è già stato affrontato nella prima parte dello studio, nel contesto di un'indagine che trae origine dal diritto sostanziale e si riflette sul processo[220]. Me ne sono occupata (in occasione di una più ampia riflessione intorno al nuovo "paradigma di giudice"[221] chiamato ad utilizzare le tecniche di mediazione più che la logica avversariale[222]) indagando la possibilità che il giudice applichi "elasticamente" regole processuali apparentemente stringenti allo scopo di realizzare – sul piano sostanziale – una più equa soluzione del conflitto.
Occorre ora tornare sul tema, ma con riguardo al fenomeno dal punto di vista del processo.
In effetti, non è nuovo né tantomeno è solo nostrano il caso di un giudizio condotto seguendo regole ispirate a dinamiche diverse da quelle che sarebbero imposte dall'applicazione stringente della legge processuale. La questione si incrocia, ma non si sovrappone, a vari fenomeni tra loro diversi: quello della disponibilità delle norme processuali ad opera delle parti, quello dei poteri del giudice di modellare le dinamiche del singolo giudizio secondo la propria discrezionalità, quello del *case management*, inteso quale diversificazione degli sviluppi processuali in relazione all'oggetto della controversia.
Il primo richiama alla mente gli accordi processuali[223], espressione di una disponibilità delle parti intorno alle regole del processo che nel sistema vigente è vincolata a una casistica tassativa e nei limiti in cui il diritto sostanziale sottostante sia disponibile[224]. Si parla di *Konventionalprozess*, per descrivere il potere delle parti di disporre delle norme processuali, o comunque riconoscere un'attività delle parti stesse idonea ad incidere sulla disciplina del giudizio[225]. Con la formazione degli Stati moderni, e la conseguente pubblicizzazione del processo, è divenuta recessiva l'idea che

---

220 Ad esso si è accennato di recente in relazione alle prassi dei tribunali (*retro* § precedente).

221 Dalla Bontà, *Fra mediazione e decisione,* cit., 35.Cfr. anche sui poteri del giudice tra prospettive conciliative e logica avversariale, Dalfino, *Mediazione civile e commerciale,* cit., 321.

222 *Retro* § 5 ss.

223 Sul tema, per tutti, Caponi, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., 99 e in Scarselli (a cura di), *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile,* cit., 145. Vd. anche l'approfondito studio di Tedoldi, *Cultura delle preclusioni, «giusto processo» e accordi procedurali (forme processuali collaborative per un rinnovato «umanesimo forense»)*, cit., 375, nel porre a confronto i modelli elastici con i sistemi – di più frequente applicazione nel nostro ordinamento – improntati a regimi rigidi di preclusioni.

224 Perché un atto di disposizione del processo implica disposizione anche della situazione che ne è oggetto (Luiso, *Diritto processuale civile*, cit, …)

225 Chizzini, *La tutela giurisdizionale,* cit., 323 e Id., Konventionalprozess *e poteri delle parti*, in *Riv. dir. proc.,* 2015, 46; Marinelli, *La natura dell'arbitrato irrituale. Profili comparatistici e processuali*, Torino 2002, spec. 149 s.

possano essere le parti a modificare – seppure consensualmente – le regole del gioco[226]; prevale piuttosto l'interesse pubblico sotteso all'inderogabilità della norma processuale, nel nome di certezza[227] e di stabilità del sistema giudiziario[228] (una prevalenza, tuttavia che – va pur detto – deve oggi confrontarsi con la dominante esperienza della giustizia complementare).
Tema limitrofo, ma diverso, è poi quello che lega lo svolgersi del giudizio alla discrezionalità del giudice, quando è la legge che lo consente, nel contemplare riti sommari che offrono al giudice stesso uno scheletro di processo su cui si erigono le modalità concrete di svolgimento, frutto di ampi poteri valutativi, nonché di prassi di tribunali mutevoli di ufficio giudiziario in ufficio giudiziario, che tuttavia indirizzano alcuni snodi processuali verso regole comuni[229]. È il tema noto dell'uso delle forme camerali per la decisione sui diritti[230], fenomeno non poco avversato dalla dottrina, ma piuttosto caro ad una legislazione che, nonostante i tentativi di eliminazione[231], non riesce davvero a prenderne le distanze e tuttora insiste nell'introduzione di procedimenti speciali strutturati sul modello camerale. In quest'ultima situazione, la modificabilità (*rectius*, malleabilità) delle dinamiche del giudizio non dipende da un accordo tra le parti, né da un accordo tra parti e giudice: qui il presupposto è la genericità della previsione normativa che apre le porte ad una ampia discrezionalità giudiziale nel fissare le regole concretamente operanti (contesto nel quale, come ho già evidenziato, le prassi di tribunale assicurano una certa uniformazione procedimentale, seppure localizzata entro certe aree geografiche).
Da ultimo, vi è l'esperienza – a cui ho già accennato nell'indagare l'alternativa tra rito ordinario/rito semplificato di cognizione[232] – della pluralità dei modelli processuali, a seconda di quale sia l'oggetto della controversia, in cui, quindi, la variabilità, più che dipendere dalla scelta discrezionale dei protagonisti del processo, dovrebbe derivare da un differenziato ambito di

---

[226] Sicché «il divieto di *Konventionalprozess* è da sempre considerato immanente nel sistema, conseguente, nella prospettiva dogmatica, alla natura stessa del rapporto giuridico processuale, assunto quale rapporto di diritto pubblico che lega (pur in variegate concezioni) le parti e il giudice, funzionale ad un accertamento della verità che non può essere lasciato al libero potere dispositivo delle parti» (Chizzini, *La tutela,* cit., 322; Id., *Konventionalprozess,* cit., 47). Si tratta d'altra parte, del recepimento della dottrina intorno al rapporto processuale di Bülow, *Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung*, in *Arch. F. Civ. Prax.* 1881, p 1, su cui vd. in tempi recenti gli approfondimenti di Marinelli, *La natura,* cit., 151, nonché, con riferimento ad una indagine sui presupposti processuali e sull'ordine di esame delle questioni, di Fanelli, *L'ordine delle questioni di rito nel processo civile di primo grado*, Pisa, 2020, 15 ss.

[227] Esigenza che non è ignara a Calamandrei (vd. le riflessioni sul punto di Morbidelli, *Lezioni messicane o lezioni universali?,* in *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei,* cit., 71).

[228] Stabilità alterata costantemente da un eternamente insoddisfatto legislatore processuale che non esita a fare e disfare intorno al codice di procedura civile ed alle leggi speciali ad esso limitrofe; pare tuttavia che la severità imposta ai protagonisti del processo non sia la stessa che si usa per difendere la stabilità della regola processuale nel tempo.

[229] Vd. *retro*, § precedente.

[230] Quello che – con espressione non certo felice – è passato alla storia come "cameralizzazione del giudizio sui diritti".

[231] Il riferimento è al d.lgs.150/2011 sulla riduzione e semplificazione dei procedimenti civili, il cui intento primario era eliminare i procedimenti camerali contenziosi per sostituirli con il modello del procedimento sommario di cognizione; tuttavia l'intento non è riuscito, dal momento che la legislazione successiva non ha esitato a proporre nuovamente l'uso dei procedimenti in camera di consiglio per la decisione su diritti.

[232] *Retro*, § 8 ss.

applicazione dei vari riti in base ai caratteri della controversia (il cd. *case management*)[233]; tuttavia, anche in questo caso, la pratica applicativa dimostra come ampio sia il margine valutativo nel dirottare una stessa lite verso l'uno o l'altro iter procedimentale, proprio in virtù della collaborazione tra giudice e avvocati[234].

Il caso della "giustizia contrattualizzata" (fenomeno in crescita, seppure anch'esso variamente declinabile) si distingue tanto dal primo (in cui la negozialità si manifesta tra le parti), quanto dal secondo (ove è il giudice unilateralmente a gestire il concreto svolgersi del processo), quanto dal terzo (in cui la pluralità delle alternative procedimentali dovrebbe derivare da una previsione legislativa abilitante): è piuttosto il caso di un accordo tra tutti i protagonisti della scena processuale, il quale non coinvolge le sole parti tra loro, nè attribuisce un potere unilaterale al giudice, né è predefinito dalla legge, bensì si fonda su un incontro di volontà tra le *tres personae* per modificare consensualmente talune regole processuali, anche al cospetto di modelli astrattamente vincolati a disposizioni stringenti[235].

---

[233] Va ricordato come il *case management* si presta a diverse declinazioni, non limitandosi a delineare una alternativa tra più riti, bensì potendo descrivere anche la possibilità di diversi sviluppi procedimentali all'interno del medesimo rito, in ragione delle caratteristiche di ciascuna controversia; situazione, questa, condizionata dalla negozialità, in quanto espressione della possibilità di giungere ad un accordo tra parti e giudice. In questa seconda lettura i punti di incontro con il fenomeno che esaminerò nel testo sono evidenti.

[234] Non vi è qui spazio per approfondire il fenomeno del *case management*. Basti solo rilevare come non possano negarsi profili di incontro di quest'ultimo con la giustizia contrattualizzata, in entrambi avvertendosi forte l'esigenza che il giudice collabori con le parti nell'assegnare la controversia al percorso processuale più appropriato, soprattutto nelle fasi preparatorie del giudizio (ragione, questa, che induce a collocare – come visto *retro* § 8.2. – la conversione del rito in una posizione centrale nella dinamica del procedimento semplificato di cognizione). Per un approfondito studio su questi temi, Ficcarelli, Fase preparatoria, cit. 11 ss.; De Cristofaro, Case management *e riforma,* cit, 283 ss.; con specifico riferimento al procedimento sommario di cognizione, Abbamonte, *Il procedimento,* cit., 295. Profili di incontro significativi sono riscontrabili anche tra il *case management* e l'esperienza anglosassone consacrata nel sistema processuale inglese (su cui mi limito a rinviare a De Cristofaro, Case management *e riforma,* cit., 282; Ficcarelli, *Fase preparatoria,* cit., 91 ss.).

[235] Su questi profili, soprattutto in occasione dell'esperienza pandemica, Pagni, *Crisi di impresa*, cit. 372. In generale, si occupano della giustizia contrattualizzata – a vario titolo e sotto diversi profili – De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice,* cit., 212; Dalfino, *Mediazione*, cit. 321; Della Vedova, *Il processo civile inclusivo,* cit. 88.

La vicenda – oggetto di interesse promozionale in Europa[236] – è nota in Francia (c.d. *contrats de procédure*[237], supportati da una prassi recettiva[238]) in cui ai protagonisti (avvocati e giudice) è consentito autodisciplinarsi per definire le dinamiche del singolo giudizio[239]. Va chiarito che il modello francese si colloca in un contesto fortemente ispirato alla possibilità di rimettere alla disponibilità di parti e giudice la gestione del processo, consentendo che siano gli stessi protagonisti della scena giudiziaria ad autodefinire le regole ad esso in concreto sottese; un contesto nel quale la *mise en état materielle* si svolge «*sous le contrôle d'un magistrat*», il quale «*a mission de veiller au déroulement loyal de la procédure*» (art. 780 Nouveau Code de procédure civile), ma con un significativo margine di elasticità nella definizione delle regole[240] (nella prospettiva dell'accelerazione[241]); elasticità che, d'altra parte, presuppone, per correttamente operare, un legame tra i protagonisti del processo fondato sulla fiducia reciproca[242].
Il nostro ordinamento – seppure tradizionalmente avvezzo a maneggiare regole stringenti – pare oggi più incline ad accogliere siffatti modelli (quasi a voler prendere le distanze, senza rinnegarla, dall'idea che il processo debba rispondere sempre e solo a funzioni pubblicistiche). Sicché, pur in

---

236 *Contractualisation and Judicial Process in Europe. Introducion,* pubblicato dalla CEPEJ, 2009 (su cui *retro* …).

237 Cfr. Ferrand, *Procedural reforms in France*, in Trocker e Varano, *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*, Torino, 2005, 21; Cadiet, *Les conventions relatives au procés en droit français. Sur la contratualisation du règlement des litiges*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 2008, suppl. al n. 3, numero speciale "Accordi di parte e processo", 7; Amrani-Mekki-Jeuland-Serinet-Cadiet, *Le procès civil française à son point de déséquilibre?; A propos du décret "procédure",* in *La Semaine Juridique,* Edition générale, 14 giugno 2006, 1160; Caponi, *Autonomia privata e processo civile,* cit., 156; Scarselli, *Poteri del giudice,* cit., 17; Ficcarelli, *Fase preparatoria,* cit., 36 ss., e 69. Il fondamento normativo di tale istituto era originariamente rinvenibile nell'art. 764. Il testo di interesse – a seguito delle modifiche apportate dal decreto n. 2019-1333 – è l'art. 781 secondo cui «*Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir provoqué l'avis des avocats. / Il peut accorder des prorogations de délai. / Il peut, après avoir recueilli l'avis des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. / Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges de conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision. / Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée. / Le juge peut également renvoyer l'affaire à une audience de mise en état ultérieure en vue de faciliter le règlement du litige*». Vi è nell'ultima novella apportata al codice di rito francese una modifica in virtù della quale «il suffit au juge de recueillir "l'avis" des avocats, et non plus leur acord» (Chainais – Ferrand – Mayer – Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et special du procès civil*, MARD et arbitrage, Paris, 2022, 1287)". Tuttavia, osserva ancora Chainais – Ferrand – Mayer – Guinchard, *Procédure civile,* cit., 1288, come «la Cour de cassation, antérieurment aà ce décret, avait jugé qu'un "echéancier de conclusions, établi avec l'accord des parties, et qui ne prevoyait pas de réponse, par l'appelante, aux conclusions des intimés, ne permettait pas d'écarter la réplique de celle-ci à des écrits formulés la veille de l'audience et contenant de nouveaux developpments" (CIV. 2°, 26 juin 2003, n.° 01-13.531, JPC.IV.2468)».

238 Anch'esso è fenomeno nato per via di prassi e solo successivamente formalizzato in testo scritto; inizialmente con l'aggiunta di un terzo comma all'art. 764 Nouveau Code de procédure civile, ed oggi trasferita – con modifiche – la relativa disciplina nell'art. 781 Nouveau Code de procédure civile.

239 Sul tema vd. De Cristofaro, *L'avvocato e il giudice,* cit., 212; Scarselli, *Poteri del giudice,* cit., 17; Caponi, *Autonomia privata e processo civile,* cit., 156, il quale assimila tale prassi francese all'esperienza italiana degli osservatori sulla giustizia civile; Buoncristiani, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici,* Torino, 2001, 125 ss; Ficcarelli, *Fase preparatoria,* cit., 34 ss. e 69 ss., in relazione allo studio sulle fasi preparatorie del giudizio ed al *case management*.

240 Sui poteri del giudice civile, Héron-Le Bars-Salhi, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2019, 372; Chainais – Ferrand – Mayer – Guinchard, *Procédure civile,* cit., 1286; Cadiet-Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, 2020, 839.

241 Chainais – Ferrand – Mayer – Guinchard, *Procédure civile,* cit., 1287.

242 Per una ricostruzione del sistema processuale francese, cfr. Ficcarelli, *Fase preparatoria,* cit., 45 ss.

presenza di riforme che insistono nel confermare strutture giudiziali rigide, è sempre più evidente l'esigenza di un dialogo tra i protagonisti della scena processuale capace di attutire proprio tali rigidità[243].
L'idea di una "contrattualizzazione" del sistema giustizia, d'altra parte, nasce e si alimenta delle esigenze concrete, imponendosi di tanto in tanto nella realtà applicativa, nelle prassi, fino a condizionare le scelte del caso singolo. Ora, in linea teorica, evocare un processo in cui è possibile distaccarsi dall'applicazione rigorosa della regola giuridica in favore di valutazioni equitative e di buon senso che meglio riequilibrano la posizione delle parti (nella prospettiva dell'inclusione), significa muoversi nel campo del diritto sostanziale; contesto nel quale è senz'altro più facilmente accettabile la negozialità (quella che autorizza il giudice a suggerire proposte conciliative o transattive o a demandare la mediazione[244]). Quando invece ci si orienta verso l'osservanza delle norme processuali, è inevitabile aspirare ad un sistema che assicuri certezze, in cui sia eccezionale e residuale l'esercizio di poteri dispositivi delle parti (quand'anche raggiunti attraverso un accordo con il giudice). A dire il contrario si rischierebbe di condurre verso soluzioni applicative destabilizzanti perché causa di una mutevolezza delle regole del gioco a cui non siamo abituati. Tuttavia, il fenomeno è reale, senz'altro accentuato da situazioni contingenti e transeunti (crisi pandemica o economica), ma in ogni caso esistente; sicché, che piaccia o meno, non può essere negletto, né sottovalutato.
Occorre allora confrontarsi con esso preservando il giusto valore alla regola di fondo che, più delle altre, si impone sempre, pure nei casi in cui l'esigenza concreta conduce verso soluzioni "contrattualizzate": essenziale è che qualunque modifica delle dinamiche processuali sia resa nel contraddittorio pieno ed effettivo tra parti e giudice e tra parti tra loro, sì da non alterare gli equilibri tra i protagonisti della scena giudiziaria. Solo così si può sperare in un giusto punto di incontro tra garanzie costituzionali, legge processuale, prassi giudiziarie, applicazioni al caso concreto.

12. I protagonisti del processo e la Corte di cassazione. Il rinvio pregiudiziale dell'art. 363 bis *c.p.c.*

Una indagine intorno al ruolo di giudice e avvocati nella gestione delle controversie non poteva lasciare indenne il caso in cui il giudicante sia la Corte di cassazione, non solo giudice di ultima istanza, ma anche organo supremo della giurisdizione, nonché garante della nomofilachia. L'incontro-scontro delle plurime funzioni si riflette sulla relazione trilatera e sul rapporto con i difensori delle parti. Non mi soffermerò sul ruolo della Corte con riguardo alle funzioni nobili che la collocano all'apice della giurisdizione; occorre piuttosto guardare ad un giudicante, che, nel giudicare, deve dare spazio alle parti (agli avvocati) in un rapporto dialogico che informa di sé il giudizio di legittimità non meno che i gradi di merito. Proseguendo con il medesimo criterio usato in precedenza, mi soffermerò sulle novità della riforma Cartabia che più delle altre pongono in risalto i mutati legami tra i professionisti legali. In particolare, esaminerò: A) il rinvio pregiudiziale,

---

[243] D'altra parte, non è di oggi l'esigenza che il processo si fondi sulla collaborazione tra tutti i soggetti operanti al suo interno, essendo questo un principio cardine che ne contraddistingue tutta l'organizzazione (Grasso, *La collaborazione nel processo civile,* in *Riv. dir. proc.,* 1966, 605).

[244] Temi già affrontati *retro*, sez. I.

nonché B) il procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati.
Quanto al rinvio pregiudiziale dell'art. 363 *bis* c.p.c.[245], le questioni problematiche che stimolano il dibattito sono tante e varie; di esse mi occuperò solo nei limiti di ciò che rileva ai nostri fini. L'istituto è senz'altro espressione di nomofilachia, ma pure si riflette sul caso concreto, producendo la soluzione della questione interpretativa un effetto diretto sul giudizio in corso[246]. Si colloca qui il sintomo più evidente di come il ruolo svolto dalla Corte non sia solo nomofilattico, bensì domini pure la giustizia del caso singolo nell'esercizio di un potere interpretativo che incide direttamente sulla lite pendente[247], ma di cui (tenuto conto della "numerosità"[248] della questione interpretativa) si può giovare l'ordinamento nel suo insieme (ragion per cui, seppure evidenti sono le analogie con gli

---

[245] È questo uno degli istituti più dibattuti della riforma Cartabia e che maggiormente ha destato l'interesse della dottrina (per tutti, Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. – Prima Puntata*, in *www.judicium.it*, dal 6 giugno 2023*;* Id., *Il rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di cassazione,* in *www.judicium.it,* dal 21 dicembre 2022; Id., *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. – Seconda Puntata*, in *www.judicium.it.*, dal 14 giugno 2023; Id., *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. – Terza Puntata*, in *www.judicium.it.*, dal 6 luglio 2023; Carratta, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione "soggettivamente complessa",* in *Giur.it.,* 2023, 467 ss, spec., 469; Fabiani, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione: una soluzione che non alimenta davvero il dibattito scientifico,* in *Riv. dir. proc.,* 2022, 198 e in Tiscini e Luiso (a cura di), *Studi in onore di Bruno Sassani,* Pisa, 2022, 549; Damiani, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione,* in *Giusto proc. civ.,* 2023, 55 ss.; Scarselli, *Sulla distinzione tra* ius constitutionis *e* ius litigatoris, in *www.questionegiustizia.it.*; Graziosi, *Note sulla riforma del giudizio di cassazione nell'anno 2022,* in *Judicium,* 2022, 543 ss., spec. 558; Id., *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, in *Riv. dir. proc.,* 2023, 667 ss., spec. 684; D'Alessandro, *Il rinvio pregiudiziale in cassazione,* in *Il processo,* 2023, 52; F. Santagada, *Commento all'art. 363 bis,* in Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia,* cit., 528; Fabbi, *Il rinvio pregiudiziale "alla Corte"*, in *www.Judicium.it,* dal 3 aprile 2023*;* Capasso, *Il rinvio pregiudiziale su questioni di diritto in Cassazione,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 587 ss., spec. 588; Ead, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il "vincolo" di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2022, 587; Ead, *Il* filtrage de porvois *alla cassazione francese,* in *Riv. dir. proc.,* 2019, 510 ss.; Caruso, *Il rinvio pregiudiziale su questioni di diritto in Cassazione,* in *Il processo,* 2022, 535 ss; Giabardo, *In difesa della nomofilachia. Prime notazioni teorico-comparate sul nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione nel progetto di riforma del codice di procedura civile,* in *www.giustiziainsieme.it;* G. Glendi, *Dal principio di diritto nell'interesse della legge al rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione nell'ambito della giustizia tributaria riformata: il rischio di cortocircuito tra "astratti principi di diritto" e "concrete fattispecie impositive",* in *Dir. e pratica trib.,* 2023, 56 ss., spec. 85; Scarpa, *Il rinvio pregiudiziale* ex *art. 363* bis *c.p.c.: una nuova "occasione" di nomofilachia?,* in *www.giustiziainsieme.it.*; F. Santagada, *Commento all'art. 363 bis,* in Tiscini (a cura di), cit., 528; Barbieri, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in Cassazione: il giudice di merito* superiorem non recognoscens, in *Nuove leggi civ. comm.,* 2022, 370; Tiscini, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione dell'art. 363 bis c.p.c. La disciplina. La casistica,* in *Giust. civ.,* 2012, in corso di pubblicazione). Anche la giurisprudenza non ha mancato di trovare stimolo, plurime essendo già le ordinanze di rimessione, i provvedimenti del Primo Presidente, nonché ad oggi anche la prima decisione della Corte Suprema (Cass. 21 luglio 2023, n. 21874 e 21876). Provvedimenti tutti facilmente accessibili in quanto pubblicati sul sito istituzionale della Corte (art. 137 *ter* disp. att. c.p.c.).

[246] Si annida qui la differenza principale, non solo tra il rinvio pregiudiziale e l'altro istituto espressione di nomofilachia, quale l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge dell'art. 363 c.p.c. (su cui, per tutti, Odorisio, *Il principio di diritto nell'interesse della legge,* Torino, 2018, *passim*), ma anche rispetto all'omologo istituto francese della *saisine pour avis*. Mentre infatti quest'ultimo esprime allo stato puro la garanzia nomofilattica, ma non produce effetti nel giudizio pendente, nel corrispondente istituto nostrano «*il principio di diritto enunciato dalla Corte è vincolante nel procedimento nell'ambito del quale è stata rimessa la questione e, se questo si estingue, anche nel nuovo processo in cui è proposta la medesima domanda tra le stesse parti*» (art. 363 *bis*, ultimo comma, c.p.c.).

[247] Nel senso che nell'art. 363 *bis* c.p.c. la nomofilachia non è slegata dallo *ius litigatoris,* Scarpa, *Il rinvio pregiudiziale* ex *art. 363* bis *c.p.c.: una nuova "occasione" di nomofilachia?,* cit.

[248] Per tale intendendosi la "serialità" della questione posta all'attenzione della Corte, *rectius*, la sua attitudine a «porsi in numerosi giudizi» (art. 363 bis n. 3 c.p.c.)

istituti d'oltr'alpe, restano ferme considerevoli distanze[249]). È dunque centrale il ruolo, non solo della Corte Suprema (garante della nomofilachia), ma anche delle parti (dei rispettivi avvocati), nonché del giudice del merito (che solleva la questione); tutti coinvolti in una unica vicenda processuale all'interno della quale individuare il giusto punto di equilibrio è tutt'altro che agevole.
È perciò che il rinvio pregiudiziale, seppure volto alla Corte – e dunque leggibile alla luce dei molteplici incarichi che ad essa sono demandati – va guardato anche con riferimento ai poteri del giudice di merito nel sollevare la questione interpretativa, poteri che vanno misurati rispetto a quelli corrispondenti delle parti del giudizio *a quo*. Si annida a questo punto una criticità non in linea con l'esigenza di assicurare equilibrio nel rapporto tra i protagonisti della vicenda processuale.
La rimessione alla Corte di cassazione è frutto di una valutazione discrezionale ed insindacabile del giudice di merito, al cospetto della quale egli è tenuto a sentire le parti costituite (art. 363 *bis* c.p.c.); il contraddittorio sembra dunque fatto salvo, ma cosa la pratica restituirà di questa garanzia non è dato sapere. Piuttosto, a leggere la disposizione emerge un potere squilibrato a vantaggio del giudice di fronte all'effetto che il rinvio produce sul processo in corso: sospensione automatica[250] del giudizio senza che su questo le parti dispongano di armi per contraddire.
Va detto in effetti che il fatto che la questione interpretativa sia sottoposta all'attenzione della Corte Suprema può essere un bene anche nell'interesse delle parti (potendosi così giungere più agilmente allo scioglimento di un contrasto interpretativo altrimenti rischioso per l'esito del giudizio). Tuttavia, esse potrebbero avere un interesse opposto, a vedere celermente definita la causa, al che – di contro – si frappone la sospensione. È l'interesse alla celerità, d'altra parte, a indirizzare spesso le richieste dei clienti ai loro avvocati (necessità avvertita da chi ha ragione, prima ancora che dai principi costituzionali; ma si sa che l'ordinamento si preoccupa molto più di sanzionare chi ha torto che di proteggere chi ha ragione); sicché, spetterà agli avvocati giustificare ai loro clienti il fatto che il processo ha subito una battuta di arresto nel nome della nomofilachia… chissà se comprenderanno.

---

[249] Il riferimento è alla *saisine pour avis*. Insiste invece sulle similitudini tra i due istituti, Graziosi, *Note sulla riforma del giudizio di cassazione nell'anno 2022,* cit., 558; Id., *Le nuove norme sul giudizio di cassazione e sulla revocazione*, cit., 684 (pur non negando la differenza sotto il profilo della vincolatività sul giudizio in corso).

[250] Si tratta di sospensione impropria giudiziale i cui effetti si producono a partire dal momento in cui è emanato il provvedimento (discrezionale) del giudice che dichiara la sospensione. Che la data dell'ordinanza equivalga a data della sospensione è confermato nei primi provvedimenti editi (Trib. Verona, 4 aprile 2023; Trib. Taranto 24 aprile 2023; App. Napoli, 2 marzo 2023; Trib. Taranto 30 marzo 2023; giudice di pace di Caserta 17 aprile 2023).

In occasione della riforma degli anni ’90, tanto si ebbe a dire della sospensione automatica prodotta dal regolamento di giurisdizione[251] (sì da tramutarla in discrezionale per evitare il rischio di abusi dello strumento processuale ad opera della parte che pretestuosamente l’avesse invocato per prolungare i tempi del giudizio). Oggi il discorso è diverso perché qui il potere di sospendere il processo non spetta alle parti, bensì al giudice sollevando d’ufficio la questione, ed è automatico. Si può porre il dubbio se del rinvio pregiudiziale si abuserà per protrarre la durata del processo in misura non molto dissimile da come avvenne all’epoca. Ci si può chiedere se il giudice, prima di sollevare la questione, consideri adeguatamente non solo il profilo problematico in diritto (meritevole di una risposta nomofilattica), ma anche le esigenze del giudizio di merito ad una sua celere conclusione senza subire inaspettati ritardi. Anche qui la prassi dimostrerà se il rapporto tra avvocati e giudice è davvero equilibrato: il giudice non dovrebbe solo limitarsi a «sentire le parti», bensì dovrebbe fattivamente dialogare con loro in contraddittorio sottoponendo ad attenta valutazione l’opportunità di sollevare la questione e perciò sospendere il giudizio; gli avvocati – dal canto loro – dovrebbero valutare la convenienza del rinvio cercando il giusto punto di incontro tra gli interessi (concreti) della causa e quelli (generali ed astratti) dell’ordinamento.

12.1. Il procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili e manifestamente infondati.

Se il rinvio pregiudiziale[252] induce a riflettere intorno al ruolo degli avvocati e del giudice (di merito) rispetto alla possibilità di sollevare la questione interpretativa alla Corte di cassazione, c’è un altro istituto, particolarmente significativo, che impone di svolgere qualche considerazione sulla posizione delle parti rispetto alla stessa Corte; non emerge qui il rapporto trilatero – tra giudice di merito, avvocati e giudice di legittimità – che contraddistingue il rinvio pregiudiziale, ma solo la

---

[251] Il parallelo con il regolamento di giurisdizione è stato invocato in occasione del dubbio se l’istituto sia utilizzabile anche davanti alle giurisdizioni speciali ed in particolare alla giurisdizione tributaria. La questione tuttora pende davanti alla Corte suprema (questione sollevata dalla Corte di giustizia di Agrigento 18 aprile 2023), con rinvio ammesso dal Primo Presidente con ordinanza del 28 marzo 2023. Sul tema, vd. le approfondite considerazioni di Briguglio, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. – Prima Puntata*, cit.; vd. anche Tiscini, *Il rinvio,* cit.). Dal momento infatti che già sussiste un apposito strumento preventivo per la definizione della questione di giurisdizione (il regolamento dell’art. 41 c.p.c.), non vi sarebbe necessità di ammettere un ulteriore rimedio preventivo avente la medesima funzione. In realtà, non va dimenticato che la diversità degli effetti sospensivi rispetto al giudizio di merito accorda ai due istituti effetti non sovrapponibili. È questo un argomento utilizzato nell’ordinanza di rimessione della Corte di giustizia di Agrigento del 18 marzo 2023 cit., la quale osserva come tra i due istituti vi sia una significativa differenza quanto alla legittimazione, essendo il regolamento preventivo riservato all’iniziativa delle parti, mentre il rinvio pregiudiziale spettando al giudice di merito (che dalle parti può essere sollecitato, ma non necessariamente) «in piena coerenza con le prerogative allo stesso [ndr. giudice di merito] riservate in tema di rilevabilità *ex officio* della questione di giurisdizione» (nonché tenuto conto dell’ambito di operatività del principio di diritto sulla questione interpretativa sollevata in sede di rinvio pregiudiziale che potrebbe non essere del tutto sovrapponibile a quello del giudice di legittimità chiamato a regolare la giurisdizione).

[252] *Retro* § precedente.

relatio tra Corte suprema ed avvocati. Si tratta del procedimento[253] per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili e manifestamente infondati[254] dell'art. 380 *bis* c.p.c.
L'istituto non ha mancato di destare le critiche dei più, seppure con qualche apprezzamento da parte di chi – forse un pò illusoriamente – auspica che esso possa davvero accelerare i tempi del giudizio di legittimità, ma soprattutto sgravare la Corte dei ricorsi destinati al mancato accoglimento (sia esso declinato nelle forme, in rito, dell'inammissibilità o improcedibilità, ovvero, nel merito, della manifesta infondatezza[255]). A ben guardare, il meccanismo non ha in animo di accelerare i ricorsi, bensì punta ad indurre alla loro rinuncia (di quelli inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati), sicché «l'obiettivo della norma non è quello di decidere in fretta, ma di estinguere il giudizio per evitare la decisione»[256].
Sono significative le criticità dalla nuova disciplina se guardata dal lato del rapporto tra avvocati e giudice. Ometto qui qualunque approfondimento intorno alla scelta – davvero non condivisibile – di aver introdotto un «giudice monocratico in cassazione» [257] (il Presidente della sezione o un consigliere da questo delegato chiamato a formulare la sintetica proposta di definizione del

---

[253] Sul tema per tutti, Luiso, *Il nuovo processo,* cit., 218; Besso, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – le modifiche al giudizio di cassazione,* in *Giur. it.,* 2023, 474; Capponi, *Il giudice monocratico in Cassazione,* in *Foro it.,* 2023, V, 23; Id., Capponi, *Una novità assoluta,* cit., 261 ss.; F. Santagada, *Commento all'art. 380 bis,* in Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia,* cit., 575 ss.; Damiani F.S., *La riforma del giudizio di cassazione,* in Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile,* cit., 219 ss., spec. 233; Acierno-Sanlorenzo, *La Cassazione tra realtà e desiderio. Riforma processuale ed ufficio del processo: cambia il volto della Cassazione?,* in *Quest. giust. trim.,* n. 3/2021, speciale su *La riforma della giustizia civile secondo la legge delega 26 novembre 2021, n. 206,* 96 ss; De Stefano, *La riforma prossima ventura del giudizio di legittimità – note a lettura immediata sulla legge 206/21,* in *www.giustiziainsieme.it.*

Ovviamente, non è questa l'unica modalità di decisione dei ricorsi inammissibili improcedibili o manifestamente infondati. La formulazione della "proposta" è una possibilità, ma nulla esclude che la Corte opti per la pronuncia tradizionale all'esito del rito camerale o in pubblica udienza (Damiani F.S., *La riforma,* cit., 239). La nuova disciplina è conseguenza della soppressione della «apposita sezione» (sezione sesta) dell'art. 376 c.p.c., introdotta con la l. n. 69/2009, nonché dell'abrogazione del procedimento camerale dell'art. 380 *bis* c.p.c., i cui esiti non sono stati funzionali, come si auspicava, all'accelerazione e al più agile smistamento dei ricorsi inammissibili.

[255] Non si prevede – come invece era stato prospettato nel corso dell'iter legislativo – che il nuovo rito si applichi ai casi di manifesta fondatezza. Vd. sul punto, Besso, *Riforma Cartabia: il nuovo processo civile (I parte) – le modifiche al giudizio di cassazione,* cit., 476.

[256] Damiani F.S., *op. cit*., 238.

[257] Parla di giudice monocratico (o giudice singolo) in Cassazione, Capponi, *Una novità assoluta,* cit., 261 ss.; Id., *Il giudice monocratico in Cassazione,* cit., 23. Per non dire del rischio di violazione della garanza di alterità del giuidcante (art. 111 comma 2 cost.), nel caso in cui il consigliere delegato che ha formulato la proposta di definizione anticipata del ricorso faccia parte del collegio decidente (addirittura come giudice relatore), qualora, su richiesta del ricorrente, la causa sia stata comunque avviata verso la decisione nelle forme ordinarie.

giudizio), limitandomi a rinviare alle acute osservazioni critiche mosse in proposito[258]. Ometto anche le riflessioni più puntuali intorno ad un procedimento che all'apparenza dovrebbe assicurare l'osservanza del contraddittorio, prevedendo il comma 1 art. 380 *bis* c.p.c. la comunicazione (obbligatoria) della proposta ai difensori delle parti, nonché la possibilità per la parte ricorrente[259] di chiedere la decisione nonostante l'avvenuta formulazione della proposta. Mi limito a tal proposito ad osservare che la solidità con cui la Corte (*rectius*, il giudice monocratico) potrà tenere ferma la proposta stessa pure nel silenzio del ricorrente – qualora quest'ultimo non manifesti la volontà di avere la sentenza, «*il ricorso si intende rinunciato e la Corte provvede ai sensi dell'art. 391*»: art. 380 *bis*, comma 2, c.p.c. – induce a pensare che i rapporti non siano equilibrati e che sia illusoria l'attribuzione alle parti di un qualche potere di contraddire alla deliberazione del consigliere monocratico. Viola le più genuine garanzie dare al silenzio del ricorrente un significato così invasivo sugli esiti del giudizio. Si sa che il comportamento processuale delle parti nel giudizio di cassazione, in quanto fondato sull'impulso d'ufficio, ha un ruolo recessivo. È allora contraddittorio, e senz'altro in contrasto con il diritto di difesa, accordare in tale fase un dirompente significato processuale al silenzio. D'altra parte, una evidente lacuna[260] sul piano del contraddittorio risiede nel mancato coinvolgimento del pubblico ministero nei cui confronti la legge non contempla alcuna comunicazione o informativa circa l'avvenuta formulazione della proposta.
Non si può negare che le criticità evidenziate dalla recente disciplina non sono una autentica novità, in quanto già anticipate dalle precedenti novelle che avevano segnato un primo grave distacco tra giudice e avvocati nel giudizio di legittimità, laddove si era voluta ridurre al minimo la possibilità dell'incontro diretto in udienza (resa quest'ultima una rarità al cospetto di un preponderante

---

[258] All'osservazione – da parte dei fautori di tale novità (Acierno-Sanlorenzo, *La Cassazione tra realtà e desiderio,* cit.; De Stefano, *La riforma prossima ventura,* cit.) – che si tratterebbe di una mera "proposta", e non di una decisione (proposta che le parti sarebbero sempre libere di accettare), si può agevolmente obiettare nel senso che è questa una proposta così caldeggiata, per tutte le conseguenze che ne derivano, da essere nella sostanza difficilmente rifiutabile; tanto che, «se la "proposta" non verrà accettata (basta non far nulla) il collegio, del quale [il consigliere singolo] farà parte, ti sanziona: non una, ma due o tre volte» (Capponi, *Una novità assoluta,* cit., 268). Gli effetti sui profili economici del giudizio – sia per il caso di accettazione della proposta (dimezzamento del contributo unificato), sia per quello di rifiuto (applicazione dell'art. 96 commi 3 e 4 c.p.c. congiuntamente) sono la cartina di tornasole di quanto l'iniziativa del consigliere (o del presidente) monocratico incida sull'esito del giudizio. Né si dica che – alla fine dei conti – quello sulle spese è un capo meramente accessorio che di per sé non dovrebbe condizionare la discrezionalità nel valutare la percorribilità o meno della strada avviata con la formulazione della proposta. Si sa bene che l'incidenza degli esiti del giudizio sulla condanna alle spese ha un effetto particolare sulle determinazioni delle parti; si sa bene quanto stia investendo il legislatore degli ultimi anni sul profilo delle spese di lite per condizionare i comportamenti processuali delle parti stesse. È evidente dunque come anche in questo caso la logica su cui si fonda la scelta legislativa varata nell'art. 380 *bis* c.p.c. risponda alle medesime finalità.

[259] Va precisato che per "parte ricorrente" si deve intendere la parte che ha proposto il ricorso o anche il controricorso (la parte dunque che ha assunto l'iniziativa processuale): così Luiso, *Il nuovo processo,* cit., 219; Damiani F.S., *La riforma,* cit., 238. Sicché, all'esito della proposta, nel caso in cui quest'ultima sia formulata solo nei confronti di una parte (ricorrente principale o incidentale), è ben possibile che il processo prosegua nelle forme ordinarie nei confronti delle altre parti.

[260] Capponi, *Una novità assoluta*, cit. 269.

affermarsi del rito camerale)[261]. Così è stato qualche anno fa comprimendo al minimo le occasioni dell'udienza pubblica e rendendo dominante la forma camerale, e con ciò sminuendo drasticamente il ruolo e la professionalità dell'avvocato nella gestione del giudizio di legittimità (relegata solo alla redazione di atti, senza accordare la giusta funzione all'incontro diretto tra avvocati e giudice), in un contesto in cui invece la maestria del professionista (lui, solo a contatto con la legge) dovrebbe raggiungere i livelli più elevati di soddisfazione.

Ma non basta; oggi si va oltre. Gli avvocati sono chiamati a dialogare con (o più precisamente, a subire la decisione unilaterale di) un giudice monocratico (assoluta novità per il giudizio di cassazione), il quale formula una proposta di definizione anticipata del ricorso (in senso declinatorio) imponendo, a seguire, un percorso tutto in salita per il caso in cui il ricorrente (anche incidentale) voglia insistere per la decisione. In quest'ultima ipotesi, l'avvocato che volesse, ciò nonostante, portare il processo alla sua conclusione fisiologica dovrebbe farsi rilasciare una nuova procura. Siamo in presenza di uno dei tanti espedienti utilizzati dal legislatore per coartare la volontà delle parti (dei loro difensori) verso una strategia processuale piuttosto che un'altra. Qui però a venire pregiudicata è la professionalità dell'avvocato. Non mi sono potuta soffermare in queste pagine sul valore della procura alle liti quale diaframma tra parti (sostanziali) ed avvocato; essa segna un passaggio essenziale nella dinamica del giudizio esprimendo un vincolo fiduciario che coinvolge non solo le parti ed il loro legale, ma anche il giudice (il quale, proprio in virtù della procura, può dialogare con il professionista). Torna la negozialità, ma sotto mutate vesti: emerge qui il cuore pulsante del rapporto tra avvocato e cliente, ma con effetti riflessi sul giudice (ritorna qui quella fiducia che Calamandrei, nelle lezioni messicane, non esita a porre al centro del giudizio[262]). È d'altra parte la procura a giustificare l'astrazione delle parti dal processo (salvo i momenti in cui le parti stesse devono essere personalmente sentite), quale filtro tra i soggetti del rapporto sostanziale e la sovrastruttura processuale.

Imporre una nuova procura significa spezzare quel vincolo fiduciario, gettare un'ombra nelle relazioni che ruotano intorno al processo. Si immagina con difficoltà quali argomenti potrà utilizzare l'avvocato caparbio, intenzionato ad insistere nella richiesta di decisione, per giustificare al cliente la necessità di ottenere una nuova procura (una difficoltà, invero, non diversa da quella richiesta per giustificare la condanna al pagamento del doppio del contributo unificato o ad altre pesanti conseguenze sulle spese di lite che l'attuale formulazione dell'art.96 c.p.c. non esita ad imporre).

Si dirà che è questo un modo per selezionare i ricorsi fondati da quelli infondati o (ancora peggio) inammissibili o improcedibili, inducendo gli avvocati a desistere dal proporli ad ogni costo.

---

[261] Il discorso porterebbe a questo punto troppo lontano. La difficoltà di coniugare l'esigenza di ridurre l'incontro diretto tra le parti e il giudice con il persistente interesse all'oralità è stata già al centro dell'attenzione in più occasioni. Vieppiù il tema andrebbe ripreso con riguardo al giudizio di legittimità. Tuttavia, la scelta di privilegiare il procedimento in camera di consiglio, relegando ad ipotesi residuali la pubblica udienza ha avuto la sua acme nella riforma della l. n. 197/2016 che ha generalizzato la procedura camerale (destinata a concludersi con ordinanza in esito ad una adunanza in camera di consiglio che si svolge senza la partecipazione dei difensori delle parti e del pubblico ministero), nonché ha eliminato la relazione del giudice relatore nel rito camerale dinanzi alla "apposita sezione". Sul tema ci si limita a rinviare per tutti a Sassani-Capponi-Panzarola-Farina, *Sul protocollo di intesa tra Cassazione, Procura generale e CNF per la trattazione delle adunanze civili non partecipate,* in *www.judicium.it,* dal 24 aprile 2020*;* Panzarola, *La Cassazione civile "senza volto" nel quadro delle Corti Supreme europee,* in *Judicium,* 2020, 161. Basti qui solo aggiungere che la riforma Cartabia ha confermato l'atteggiamento di favore per il procedimento camerale e dunque la residualità di quello in pubblica udienza. Sulle novità in proposito alla luce della riforma Cartabia, Damiani F.S., *La riforma,* cit., 235.

[262] Calamandrei, *Processo e democrazia,* cit., 134.

Tuttavia, l'interrogativo è se la ragione della nuova previsione sia solo questa o se non ve ne siano altre: certamente decongestionare il contenzioso, ma forse anche scoraggiare la professione forense di alcune categorie di legali poco avvezzi al giudizio di legittimità. Si dirà, ancora, che si tratta di ragioni nobili che prevalgono su qualunque ulteriore relazione intima tra i protagonisti del processo. Senonché c'è da chiedersi se le cose stiano davvero così. Ci si è voluti insinuare nel profondo di un vincolo contrattuale tra avvocato e cliente che viaggia su binari diversi da quelli su cui si muove il processo. Una cosa è il legame fondato sulla fiducia tra cliente e avvocato (consacrato nella procura), altra cosa sono le capacità del legale di soddisfare in concreto le richieste delle parti. Se il ricorso alla fine sarà rigettato (secondo le vie ordinarie), l'effetto boomerang sul legale si avvertirà ugualmente: un avvocato destinato ripetutamente a perdere i ricorsi per cassazione, nella selezione naturale della professione forense e secondo le leggi del mercato, con difficoltà riuscirà ad emergere. Si dovrebbe evitare però che in questa selezione naturale ad alterare non poco il corso delle cose si insinui un giudice, quand'anche di legittimità, con l'avallo della legge processuale che dovrebbe essere a tutt'altro scopo destinata: con il rischio che alla fine le leggi di natura neppure riescano bene a funzionare. A ciascuno il suo, si direbbe.

SEZIONE III.
L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE TRA GIUDICE E AVVOCATI

13. L'intelligenza artificiale tra giudice e avvocati. Considerazioni introduttive.

Fino a questo punto ho cercato di offrire un quadro della realtà processuale, nei suoi punti di forza ma anche nelle criticità, seguendo una prospettiva dominante: quella di una gestione del rapporto tra giudice e avvocati fondato sulla fiducia, di un dialogo costante tra le due categorie professionali, oscillante tra diritto sostanziale e processo. Fiducia che, collocata all'interno delle categorie note, va individuata nella garanzia del contraddittorio, quale faro che deve illuminare la strada di un giudizio il quale, per essere giusto, deve essere in grado di porre le *tres personae* in una relazione equilibrata. Più volte mi sono imbattuta nella negozialità, nella possibilità che, grazie alla discrezionalità del giudice e ad un incontro delle volontà tra quest'ultimo e gli avvocati, il giudizio possa davvero condurre verso soluzioni eque. Sembra dunque che anche il processo civile risenta della necessità di assicurare una realtà fluida in cui si può dire tutto e il contrario di tutto, alla condizione che tra giudice e avvocati resti fattivo il dialogo (una realtà ritrovata in misura non diversa nella rappresentazione offerta dalle lezioni messicane di Calamandrei); che poi tutto ciò sia giusto (o concretamente realizzabile) è tema altro.
Tuttavia, l'indagine sarebbe monca se non accennassi ad una componente importante del nostro attuale sistema giudiziario: quella dell'intelligenza artificiale, una realtà che prepotentemente invade la società nel suo insieme e che si sta insinuando, già da qualche tempo, con non minore prepotenza, nel sistema processualcivilistico italiano.
A questo punto però lo sguardo al passato, attraverso Calamandrei, deve arrestarsi. Non c'è nulla nelle lezioni messicane che possa far presagire la rivoluzione robotica dei tempi moderni. Le parole del Maestro, laddove disegna l'immagine di un rapporto dialogico tra giudice e avvocati, ciascuno nella sua professionalità, allo scopo di giungere al migliore risultato possibile, non trova

corrispondenza nella giustizia predittiva, nella decisione robotica. Siamo in presenza di una novità con la quale è inevitabile il confronto.
Una premessa si impone. L'introduzione dei sistemi informatici nella giustizia civile si è imposta già da tempo attraverso il processo telematico (PCT), un metodo nuovo di gestione del contenzioso progressivamente introdotto nelle aule giudiziarie e ormai portato a regime (attraverso la spinta dell'emergenza pandemica e, da ultimo, all'esito della riforma Cartabia che ha reso obbligo ciò che fino a ieri era proposto come facoltà). Anche questo è in effetti un profilo di novità particolarmente invasivo nelle professioni di avvocato e magistrato; professioni che il PCT ha stravolto, imponendo a entrambe delle competenze un tempo inusitate (e così provocando una selezione naturale tra giovani ed anziani, a tutto vantaggio dei primi, per la loro maggiore capacità di dialogare con gli strumenti telematici). D'altra parte, se guardato sul piano dell'efficienza, il PCT va salutato con favore, in quanto capace di semplificare e velocizzare la comunicazione tra avvocati e giudice più di quanto possa assicurare qualsiasi scambio cartaceo (sebbene non si può nascondere il risvolto della medaglia: il rischio di nuovi motivi di nullità dell'atto telematico, con il conseguente fiorire di ulteriore contenzioso).
Il tema avrebbe meritato un approfondimento che non rientra nella mia competenza (ad altra relazione essendo destinato) e d'altra parte che avrebbe richiesto di guardare agli elevati tecnicismi che contraddistinguono gli adempimenti del PCT; il che però avrebbe fatto virare il mio intervento verso lidi non desiderati. Preferisco, anche qui, concentrare l'attenzione sugli aspetti che pongono giudice e avvocati l'uno davanti all'altro (o che li distanziano indebitamente), cercando di descrivere le reciproche relazioni – ciascuno nelle proprie competenze – al cospetto delle minacce insite nel progresso tecnologico.
L'intelligenza artificiale (IA) è altro. È la possibilità di sostituire l'intelligenza umana per la costruzione di una difesa in giudizio, per la redazione di una sentenza. Qualcosa di rivoluzionario che difficilmente può essere guardato con occhio ottimistico, senza tenere conto dei pericoli a cui espone. È dietro l'angolo il rischio che si valichi il limite del consentito, in un sistema che dovrebbe essere governato da menti umane capaci di riflettere sulla giustizia del caso concreto, che dovrebbero articolare pensieri fondati sulle individuali capacità cognitive, nonché (perché no?) sulle pulsioni personali. La sostituzione dell'intelletto umano con lo strumento robotico fa paura.
Quello dell'IA è uno spettro che pervade il processo in ogni sua fase, dalla redazione degli atti introduttivi (costruiti da una macchina che elabora informazioni che la mente umana si limita ad immettere), allo svolgimento dell'istruttoria (con il fiorire di nuovi mezzi di prova, dopo tanto osteggiare l'ammissibilità di prove atipiche), alla decisione (resa sulla base di un algoritmo i cui criteri di calcolo sfuggono al giudice più scrupoloso).

È bene premettere da subito una distinzione tra due modalità di imposizione della tecnologia nel sistema processuale[263]: una IA "forte" ed una IA "debole"[264]. Secondo la prima, la macchina è in grado di pensare autonomamente ed ha addirittura una mente e un'autocoscienza proprie, aspirando a produrre l'equivalente dell'intelligenza umana. La seconda muove invece dall'idea che la macchina agisce come se fosse intelligente, tentando di riprodurre il risultato di un comportamento intelligente. Mentre l'IA forte fatica ad affermarsi – perché presuppone una integrale sostituzione dell'uomo – l'IA debole ha da tempo ottenuto migliori risultati finendo per coadiuvare o supplire all'operato umano in numerose situazioni, ivi incluse quelle realizzate all'interno del processo (così ad esempio, per gli algoritmi predittivi posti alla base dei *software* e di *predictive coding,* già oggetto di interesse negli Stati Uniti come sistemi capaci di prevedere i possibili esiti di un giudizio)[265]. Delle due, è la prima a fare paura.

13.1. Intelligenza artificiale e fasi del processo.

---

[263] Sul tema, senza pretese di completezza, con riferimento alle nuove tecnologie in generale, Chiarloni, *Riflessioni minime su intelligenza artificiale e servizi giuridici,* in AA.VV., *Tutela giurisdizionale e giusto processo. Scritti in memoria di Franco Cipriani,* Napoli, vol. III, 2020, 2119; Dondi, *Processo civile,* new technologies *e implicazioni etico professionali,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2019, 874; Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo. Riflessioni suggerite dalle* Lezioni americane *di Italo Calvino,* Torino, 2021, 162 ss.; Carratta, *Decisione robotica e valori del processo,* in *Riv. dir. proc.,* 2020, 491; Panzarola, *Il processo civile e la rivoluzione tecnologica all'alba dell'era dell'Intelligenza Artificiale,* in Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, *Il diritto nell'era digitale*, cit., 799; Dalfino, *Creatività e creazionismo, prevedibilità e predittività*, in *Foro it.*, 2018, V, 389; Nieva Fenoll, *Inteligencia artificia y proceso judicial: perspectivas tras un altro tecnológico en el camino,* in *Revista general de derecho procesal,* (57), 2022, 1; Id., *La tecnologia e i diritti fondamentali nel processo giudiziario,* in Imbrenda-Pietroapoli-Dalia-Agostino, *Frontiere digitali del diritto. Esperienze giuridiche a confronto sulla libertà e solidarietà,* Torino, 2022, 35 ss.; Id., *Intelligenza artificiale e processo,* Torino, trad. di P. Comoglio, 2019, *passim*; F. Santagada, *Intelligenza artificiale e processo civile,* in Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, *Il diritto nell'era digitale. Persona, mercato, amministrazione, giustizia,* Milano, 2022, 823; Gabellini, *Algoritmi decisionali e processo civile: limiti e prospettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2022, 59; Ead, *Le "comodità nel giudicare": la decisione robotica, ivi,* 2019, 1305.

[264] Vd. Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo,* cit., 171; Santosuosso-Boscarato-Carleo, *Robot e diritto,* in *Nuova giur. civ., comm.,* 2012, II, 494.

[265] Per una approfondita ricostruzione in questi termini, F. Santagada, *op. cit.*, 826.

Volendo passare in rassegna[266] – seppure sinteticamente – le fasi che più direttamente (e innovativamente) sono colpite dai modelli di IA, occorrerà soffermarsi sull'istruzione probatoria[267] e sulla decisione.

Quanto alla prima, è una realtà già da anni nell'ordinamento statunitense – da noi, come in molti altri paesi europei, in fase di evoluzione – l'uso dell'IA per acquisire e selezionare le prove rilevanti ai fini della decisione. Inizialmente, la tecnologia si è insinuata in sordina nell'istruzione probatoria, attraverso l'introduzione di personal computer, programmi di videoscrittura, internet, posta elettronica per la diffusione e lo scambio dei documenti in formato digitale. Successivamente, essa ha invaso i metodi per selezionare i documenti potenzialmente rilevanti per la decisione, utilizzando criteri di ragionamento emulativi di quello umano (la cd. *e-discovery*[268]). Il che ha inciso, sia sull'attività del giudice, sia su quella degli avvocati. Quanto a questi ultimi, l'IA consente rapidamente e con precisione di selezionare, classificare e catalogare i documenti rilevanti da produrre in giudizio grazie ad un algoritmo efficiente che opera sulla base di direttive fornite dal legale stesso, ovvero grazie all'uso di un *software* capace di selezionare i documenti medesimi[269]. In entrambi i casi, l'uso dell'algoritmo in sede di *discovery* è stato considerato un importante progresso della tecnologia, in quanto capace di selezionare documenti – pur senza sostituire del tutto il contributo umano – raggiungendo risultati in termini di celerità e precisione talora superiori a quelli conseguibili mediante gli strumenti tradizionali.

---

[266] Se la tecnologia ha incisivamente colpito il processo, da un analogo fenomeno non potevano restare indenni le modalità alternative di componimento della lite. È così che nel linguaggio comune alle ADR (*Alternative dispute resolution*) si affiancano le ODR (*Online dispute resolution*). Non affronterò il tema, considerato soprattutto che i pericoli all'orizzonte sono minori di quelli che emergono nel processo. La dottrina sul tema è copiosa. Per tutti e senza pretese di completezza, Pilia, *L'intelligenza artificiale e la mediazione nei sistemi ADR/ODR,* in Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, *Il diritto nell'era digitale,* cit., 857 ss.; Merone, *Online Dispute Resolution, intermediari digitali e il nuovo paradigma della composizione preventiva e self-executing*, in *Riv. arb.,* 2022, 269; Gioia, *L'uniforme regolamentazione della risoluzione alternativa delle controversie con i consumatori*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2016, 501; Appiano, *ADR e ODR per le liti di consumo nel diritto UE*, in *Contr. e impr. Europa*, 2013, 965; Dalla Bontà, *Una giustizia "co-esistenziale" nello spazio giudiziario europeo? Spunti critici sul pacchetto ADR-ODR per i consumatori*, in *Giust. consens.*, 2021, 191; Gabellini, *L'attuazione della direttiva relative alle ADR di consumo negli Stati europei: una breve panoramica*, in *Riv. arb.*, 2018, 409; Fenoll, *Online dispute resolution for small claims: is this the only realistic solution?,* in *Revista italo-Espanola de Derecho Procesal,* 2022, 1; Felicetti, *La risoluzione extragiudiziale delle dispute nei mercati digitali: alcune novità dall'Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2023, 197.

[267] Qui i temi di dettaglio intorno all'istruzione probatoria saranno solo accennati. Per una più approfondita indagine, Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova. L'accertamento del fatto nella diffusione delle conoscenze,* Torino, 2018, 253; Fenoll, *Intelligenza artificiale,* cit., 70; Merone, *Le prove digitali e l'uso dell'intelligenza artificiale per finalità istruttorie,* in Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, *Il diritto nell'era digitale,* cit., 905 ss.; Licci, *L'impatto dell'intelligenza artificiale sui poteri istruttori del giudice e sulla definizione dei fatti notori*, *ivi,* 885 ss.; De Propris, *La responsabilità dell'intelligenza artificiale nel settore della giustizia, ivi,* 951.

[268] Su cui Bonafine, *L'intelligenza artificiale applicata al ragionamento probatorio nel processo civile. È davvero possibile ed auspicabile?,* in Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, *Il diritto nell'era digitale,* cit., 923 ss., spec. 938.

[269] Approfonditamente sul tema F. Santagada, *Intelligenza artificiale,* cit., 829, distinguendo il caso in cui la scelta sia compiuta da un avvocato ovvero da un *software*: nella prima ipotesi, l'algoritmo, sulla base di un campione documentale formato esclusivamente dall'esperto per l'addestramento del sistema, identifica le regole e i criteri utilizzati per la sua formazione e ne riproduce l'applicazione sui documenti rimanenti onde selezionarli (*technology-Assisted Review Rule based*). Nell'altra, invece, è lo stesso algoritmo che determina il campione di dati da cui apprenderà; tale campione è revisionato da un esperto, e poi riconsegnato all'algoritmo ai fini di un suo progressivo ed automatico addestramento. Quando il livello di *training* è considerato soddisfacente, l'algoritmo di apprendimento automatico viene applicato ai documenti rimanenti ai fini della loro selezione (*Technology-Assisted Review Predictive Coding based*).

Guardata isolatamente, una tale attività mostra non pochi vantaggi, per i risultati proprio in termini di semplicità e celerità nella selezione. Tuttavia, i pericoli a cui si espone la professionalità dell'avvocato, al cospetto dei modelli di *e-discovery*, sono evidenti. Si pensi innanzi tutto alla centralità nella figura del professionista; inevitabile che essa finisca per perdersi (o comunque per sminuire) quando sostituita dall'operato di una macchina[270]. Si pensi ancora alle difficoltà di condizionare la selezione mediante gli algoritmi utilizzando criteri che prescindono dall'osservanza dei valori etici o deontologici. Si pensi ancora al rischio di violazione delle garanzie del contraddittorio e del diritto di difesa, rischio che (nel dialogo tra i difensori di entrambe le parti) se può essere adeguatamente evitato dall'intelletto umano, con più difficoltà si immagina che sia parimenti arginato dalle valutazioni algoritmiche di una macchina.
Non meno invasiva è l'introduzione dei modelli di IA sull'istruzione probatoria se guardata dal lato del giudice, a cui – come noto – in questa fase spetta una funzione centrale nell'insostituibile discrezionalità che può esercitare nell'apprezzamento di ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova, nonché nell'uso del ragionamento probatorio e degli altri strumenti – fortemente condizionati dalla personalità dell'individuo – che conducono alla formazione del convincimento. Il che induce a ritenere che nei processi di valutazione della prova la centralità dell'IA debba necessariamente ridimensionarsi assumendo una funzione di mero ausilio, ma mai del tutto sostitutiva del ruolo del giudice[271].
Per ammettere la sostituibilità del ragionamento probatorio del giudice con quello svolto dall'algoritmo dovrebbe riconoscersi che il metodo informatico sia in grado di prendere il posto dell'umano, assicurando i medesimi standard e riproducendo gli spazi personali e soggettivi che contraddistinguono il ragionamento induttivo. In altri termini, la sostituzione dell'IA al posto di quella umana nella fase istruttoria (sotto il profilo qui in esame) può immaginarsi solo qualora si ammetta che una macchina, così come sia in grado di effettuare complessi calcoli matematici, possa allo stesso modo essere programmata per sviluppare dei ragionamenti, anche di tipo giuridico induttivo. Ipotesi dalla difficile realizzabilità (pure nella migliore prospettazione del futuribile), non potendosi accettare che il ragionamento giuridico, di umana derivazione, sia del tutto soppiantato (quand'anche l'algoritmo sia costruito su basi statistiche fondate sulla ripetibilità dei casi)[272]. Né può condividersi l'idea di una totale assimilazione del metodo valutativo a quello algoritmico, e pertanto inchiodabile entro regole matematiche o similari[273].

---

[270] Osserva Bonafine, *L'intelligenza*, cit., 946 come «in un processo in cui tutto si risolve nel conoscere e nel sapere *gestire* le regole tecniche che alimentano gli algoritmi, il ruolo dell'avvocato è fortemente messo a rischio. Se non destinato a scomparire del tutto sotto le promesse di una giustizia artificiale efficiente che non necessita di intermediazioni di alcun tipo, esso è infatti comunque chiamato ad una trasformazione che lo esalta come tecnico e lo svilisce come giurista». Sull'effetto dell'IA rispetto al ruolo del giurista, Dondi, *Processo civile,* cit., 874; Nieva Fenoll, *Intelligenza artificiale,* cit., 117.

[271] P. Comoglio, *Nuove tecnologie e disponibilità della prova,* cit., 253; F. Santagada, *Intelligenza artificiale,* cit., 829; Bonafine, *L'intelligenza artificiale applicata al ragionamento probatorio nel processo civile. È davvero possibile ed auspicabile,* cit., 925; Ficcarelli, *Esibizione di documenti e* discovery, Torino, 2004; Pailli, *Produzione di documenti elettronici (*e-discovery*) negli Stati Uniti e nell'Unione Europea,* in *Riv. dir. proc.,* 2012, 409.

[272] Né a supplire a tale lacuna può soccorrere la valorizzazione del precedente. «Quand'anche a questa si guardasse fiduciosi, infatti, comunque resterebbe il problema della sua valutazione, nel senso della effettiva riconducibilità ad esso della fattispecie sottoposta a vaglio» (Bonafine, *L'intelligenza,* cit., 941).

[273] Cfr. Viola, *Interpretazione della legge con modelli matematici. Processo, ADR, giustizia predittiva,* Milano, 2018, 33. In direzione opposta, Bonafine, *L'intelligenza artificiale*, cit. 941.

Peraltro, di là dalla difficile configurabilità in concreto di un definitivo abbandono del ragionamento giuridico (umano), quest'ultima sarebbe una prospettiva da non guardare con favore anche per i rischi a cui si espone in caso di difettoso funzionamento delle macchine o di errori nei risultati raggiunti. È ben possibile che un errato inserimento di informazioni o una errata rielaborazione dei dati conduca a conclusioni – in termini di attività istruttoria portata a compimento – inique, discriminatorie, ingiustificabili[274]. Come anche è inevitabile che, a voler lasciare uno spazio eccessivo all'IA, si finisca per snaturare il ruolo del giudice nel libero apprezzamento che contraddistingue la maggior parte dei mezzi di prova.
Non minori rischi sono evidenti quando l'uso dell'IA stravolge la fase decisoria (nel senso che la tecnologia possa invadere così tanto la scena da sostituire il giudice nel rendere il provvedimento finale). Vista in questi termini, la tecnologia non è più costruita come uno strumento di gestione degli atti del processo o di ausilio alla ricerca giuridica, bensì si rivela un mezzo che consente di decidere autonomamente, affrancandosi dal sapere umano[275]. Così, la decisione diviene «automatizzata, robotica o robotizzata»[276]. Ciò implicherebbe che il ragionamento giuridico che conduce alla pronuncia finale possa consistere anche in meri calcoli matematici[277].
Senza entrare nel dettaglio della collocazione della decisione robotica all'interno delle modalità tradizionali che contraddistinguono il processo civile (a questo proposito occorrerebbe interrogarsi anche intorno al percorso evolutivo che conduce alla deliberazione della sentenza ed all'inserimento al suo interno del ragionamento sillogistico[278]), senza entrare nelle dinamiche relative al processo genetico della sentenza (all'interno del quale, peraltro andrebbe differenziato il caso della decisione collegiale da quello della decisione monocratica), il tema che qui interessa (*mutatis mutandis*,

---

[274] Si pensi al noto caso del programma COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*), costruito per calcolare il rischio di recidiva e la pericolosità sociale di soggetti sottoposti a procedimento penale. Tale programma, utilizzato diffusamente negli Stati Uniti al fine di prevedere la commissione di reati nei due anni successivi alla sentenza e dunque per quantificare e valutare la pena da irrogare, nonché le modalità di esecuzione della pena stessa – programma basato su dati statistici, precedenti giudiziali, questionari, ed altre variabili – è un sistema che ha dimostrato diversi limiti ed è stato causa di un vizio sistemico a danno di persone di colore. Il pericolo di recidiva veniva assegnato infatti in misura maggiore agli afroamericani (il doppio) che non ai bianchi, ritenuti meno esposti a tale rischio, il quale veniva individuato – con risultato evidentemente discriminatorio a danno delle persone di colore – in virtù di una serie di inchieste giornalistiche che avevano descritto questionari dai quali emergeva che era diffusa opinione quella secondo cui ad una maggiore propensione alla recidiva erano inclini le persone di colore. Con conseguenze immaginabili intorno alla parzialità ed alla natura discriminatoria dei relativi risultati. Cfr., Nieva Fenoll, *La tecnologia e i diritti fondamentali,* cit., 40.

[275] F. Santagada, *Intelligenza artificiale,* cit., 839.

[276] Sul tema, per tutti, Taruffo, *Judiciual Decision and Artificial Intelligence,* in *Artificial Intelligence and Law,* 1998, 311; Carratta, *Decisione robotica e valori del processo,* in *Riv. dir. proc.,* 2020, 280; Fanelli, *L'impiego dell'intelligenza artificiale nei processi decisori del giudice,* in Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, *Il diritto nell'era digitale,* cit., 975; Fenoll, *Intelligenza artificiale,* cit., 90; Gabellini, *Le "comodità nel giudicare": la decisione robotica,* cit., 1305; Battelli, *Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice,* in *Giust.civ.,* 2020, 280; Lisella, *Corti digitali e giustizia civile progressiva,* in *Giusto proc. civ.,* 2020, 269. Si parla a proposito della decisione robotica, di un vero e proprio "cambio di paradigma" (Punzi A., *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino 2003, 18; Carratta, *Decisione robotica*, cit., 495).

[277] L'abbinamento del metodo matematico alla soluzione di problemi giuridici prende il nome di "giurimetria", quale "misurazione" delle decisioni giudiziarie e della costruzione di modelli per la sua prevedibilità (Losano, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino, 1969). Per una ricostruzione del fenomeno, F. Santagada, *Intelligenza,* cit., 841; Signorelli, *La prevedibilità della e nella decisione giudiziaria,* in Giordano-Panzarola-Police-Preziosi-Proto, *Il diritto nell'era digitale,* cit., 997, ss., spec. 1001.

[278] Per le quali si rinvia a Fanelli, *L'impiego dell'intelligenza artificiale nei processi decisori del giudice,* cit., 983 ss.

affrontato anche con riferimento alla fase istruttoria) è se il giudice possa essere sostituito (o coadiuvato) da un algoritmo nel rendere la decisione e nel motivarla.
Si potrebbe pensare ad esempio che la macchina possa facilitare il processo motivazionale, consentendo la precostituzione di modelli di motivazione predefiniti, in linea con una tendenza – peraltro evidente nella quotidianità della giustizia – di semplificare al massimo la redazione (e le dimensioni) della motivazione; la quale, d'altra parte, muterebbe nei suoi contenuti, dovendo essa giustificare non tanto le "ragioni del giudice", quanto il corretto funzionamento dell'algoritmo[279].
Quale che sia l'approccio alla prospettiva semplificante intorno alla motivazione, non si può pensare che l'IA sia in grado di soppiantare del tutto il ragionamento logico del giudice nella fase decisionale che conduce alla sentenza. Convinzione questa che vale pure nelle controversie di più facile soluzione, quelle bagatellari, fondate su meri calcoli matematici, ovvero in cui il responso si limiterebbe all'applicazione di tabelle (così ad esempio per le liti di scarso valore o seriali, per quelle da irragionevole durata del processo o attinenti al risarcimento del danno da circolazione stradale[280]). A prescindere dal contenuto della pronuncia, e dal margine di discrezionalità nel ragionamento logico, è una deviazione patologica pensare che l'algoritmo possa del tutto prendere il posto dell'intelletto umano.
Portando ad estreme conseguenze l'invocazione dell'algoritmo nella decisione giudiziale, sarebbe inevitabile cadere in taluni rischi nell'uso delle tecnologie. Si pensi al caso in cui non siano rese trasparenti le tecniche di operatività dell'algoritmo, ovvero esse siano artefatte (ipotesi concretamente contemplabile, data la ritrosia delle imprese produttrici di IA a svelare i *software* su cui quest'ultima si basa)[281]. Si pensi poi all'ampia tematica della responsabilità in caso di danni arrecati dalla decisione robotica, tema che la legislazione più recente – anche a livello europeo – sta cercando di disciplinare, ma con non poche difficoltà applicative. Si pensi ancora al contenzioso che potrebbe sorgere ed incrementarsi proprio in relazione alla violazione delle regole tecniche o al verificarsi di errori del sistema di calcolo[282]. È un'illusione pensare che nelle cause apparentemente di "matematica soluzione" l'intelletto umano sarebbe davvero rinunciabile.

---

[279] Fenoll, *La tecnologia e i diritti,* cit., 49, il quale, in una prospettiva futuribile, offre un quadro piuttosto preoccupante: «L'algoritmo deve essere sempre pubblico, altrimenti la Giustizia sarà un arcano ancora più inestricabile di quanto lo è già. Inoltre, l'unica possibilità per mettere in discussione la decisione sarà quella di contestare il funzionamento dell'algoritmo spiegando perché non è stato corretto il suo funzionamento in uno specifico caso concreto. In definitiva, dobbiamo attenderci che non ci saranno altre opzioni possibili in un contesto di dominio totale dell'IA sulle decisioni giudiziarie. Continueranno ad esistere i ricorsi, ma la loro configurazione sarà differente. Nell'argomentazione di questi ricorsi sarà necessario analizzare le statistiche sulle opinioni cui ho fatto riferimento, nonché le linee giurisprudenziali o legali seguite dall'algoritmo, determinandone la correzione. E nella parte dei fatti si potrà discutere il funzionamento della macchina in termini di previsioni e valutazioni dei precedenti dei suoi dati, unici strumenti attraverso cui decidere, sostenendo che la situazione valutata nel caso specifico è diversa da quelle verificatesi in passato. Dunque non sarà facile contestare la decisione di una macchina. Tutto ciò porterà alla scomparsa di quegli organi giurisdizionali supremi: una volta stabilita la legge in modo preciso, con tutti i suoi precedenti legislativi, intenzioni e obiettivi del legislatore, un Tribunale Supremo non avrebbe assolutamente nulla da aggiungere».

[280] Bonafine, *op. cit.*, 948.

[281] Le cause di tale rischio sarebbero principalmente due: da un lato, il fatto che le aziende che sviluppano i *software* alla base dell'IA non permettono una piena conoscenza ed intellegibilità delle istruzioni di programmazione, in ragione di talune logiche concorrenziali ed imprenditoriali. Da un altro, il fatto che una piena *disclosure* dei ragionamenti applicata all'IA rischierebbe di rendere il sistema meno sicuro perché esposto alla possibilità che qualcuno riesca a replicare il risultato dell'algoritmo e ad agire assicurandosi un indebito guadagno (così Fanelli, *L'impiego dell'intelligenza,* cit., 991).

[282] Sul tema, Luciani, *La decisione giudiziaria robotica,* in *Rivistaaic*, 2018, 873.

Vi sono infine i rischi legati al contrasto con le garanzie fondamentali – nel nostro ordinamento, con i principi costituzionali – nel caso in cui nella realizzazione della decisione robotica si giungesse a sostituire l'algoritmo al ragionamento giudiziale. Il rischio di un conflitto con i principi di fondo in tema di tutela giurisdizionale, di funzionamento della giurisdizione, di giusto processo, diverrebbe concreto, imponendo – per evitarlo – una significativa rilettura delle garanzie stesse.
Così ad esempio per il principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25 cost.), il quale – al cospetto di una macchina che prende il posto del giudice nel decidere – verrebbe pregiudicato, o quanto meno dovrebbe essere oggetto di una significativa rivisitazione nei suoi contenuti[283]. Così ancora per la terzietà del giudicante, oggi collocata nell'art. 111, comma 2, Cost.[284], ma da sempre riconosciuta principio costituzionalmente protetto attraverso l'art. 24 Cost. e l'art. 51 n. 4 c.p.c. (quale norma interposta); una garanzia che quando il provvedimento decisorio è reso da un algoritmo non può essere intesa negli esatti termini attuali[285]. Così ancora per l'obbligo di motivare le decisioni giudiziali (art. 111, comma 6, Cost.), obbligo della cui solidità – al cospetto di una motivazione redatta in virtù di algoritmo – sarebbe quantomeno lecito interrogarsi[286]. Per non parlare poi della violazione del generale diritto di difesa e del contraddittorio[287], il quale, per trovare spazio nella decisione robotica, dovrebbe essere sensibilmente rivisto ed accompagnato da regole nuove o riadattate al caso[288].

13.2. *A che serve l'IA. Una domanda a cui dare risposta con lo sguardo rivolto alle professioni legali.*

---

[283] Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo*, cit., 185; F. Santagada, *Intelligenza artificiale,* cit., 839; Bonafine, *L'intelligenza artificiale,* cit., 947.

[284] Dopo l'introduzione dei principi del giusto processo con l. cost. n. 2/1999.

[285] Bonafine, *Intelligenza artificiale,* cit., 946.

[286] È ovvio che una motivazione robotica non consentirebbe appieno di comprendere ed individuare il ragionamento logico giuridico seguito dal giudicante, tanto più quando il giudicante non è umano bensì è robotico («si parla in questo caso di effetto "performativo" o di autorealizzazione dell'algoritmo, effetto che affievolisce l'autonomia decisionale del giudice e che può tradursi in una minaccia alla sua indipendenza nell'esercizio del potere decisorio»: Fanelli, *L'impiego,* cit., 993). Cfr, anche Dalfino, *Creatività, creazionismo, prevedibilità e predittività,* cit., 385.

[287] Il problema richiama alla mente la questione su cui mi sono già soffermata intorno alla segretezza dei programmatori e dunque la (im)possibilità di rendere conoscibili le regole del gioco.

[288] Anche Fenoll, *La tecnologia e i diritti,* cit., 45 riconosce come gran parte del contenuto del principio del contraddittorio ha senso solo se prendiamo in considerazione la figura del giudice quale persona.

In un interessante saggio del 2018, Massimo Luciani si chiede: «Ma perché mai sostituire un robot a un giudice?» [289]. Tre le possibili risposte: «liberare gli esseri umani dal peso del lavoro[290]; erogare prestazioni più efficienti di quelle che sono fornite dall'elemento umano; garantire certezza giuridica»[291].

Quanto al primo aspetto, occorre chiedersi quale sia e dove si orienti il guadagno di giudice e avvocati nella sostituzione del proprio lavoro con quello dell'IA. Nessun dubbio nel fatto che l'intervento dei modelli telematici a supporto dell'attività del professionista è un valore aggiunto qualora esso si ponga di ausilio e non sia suppletivo dell'attività medesima. Nessun dubbio quindi laddove l'algoritmo supporti avvocati e giudice nella lettura, nello spoglio e nella selezione dei documenti. Nessun dubbio ove esso operi al fine di realizzare una predizione rispetto ai potenziali esiti del giudizio, elaborando dati in ragione di uno studio sui precedenti o su valutazioni statistico-numeriche (quando l'oggetto della lite lo consente). In questi casi, le professioni (forense o giudiziaria) non sono stravolte, bensì sono supportate da strumenti utili che tuttavia lasciano integro l'apporto intellettuale della mente umana.

Né può negarsi il vantaggio di utilizzare l'algoritmo nella gestione dei fascicoli, quando ciò assicura un guadagno in termini di celerità nella decisione: è evidente qui il progresso sotto il profilo di efficienza della soluzione giudiziale. Non vi è d'altra parte uno stravolgimento nel ruolo di giudice e avvocati, bensì solo un più proficuo indirizzo delle relative attività sulle funzioni umane insostituibili (con delega alla macchina di quelle surrogabili). Resta integro pertanto l'esercizio dei poteri valutativi ed il ragionamento giuridico, pur sempre dominanti nella prospettiva della verità materiale. *Rebus sic stantibus*, gli stimoli e la fertilità delle professioni legali nessuna *deminutio* subiscono dall'invasione delle macchine se resta integro lo spazio assegnato all'articolazione del pensiero giuridico.

Diverso il caso in cui l'algoritmo ha la pretesa di sostituirsi all'uomo, e così di voler riprodurre la logica sillogistica – la discrezionalità – attraverso l'uso di formule e l'esercizio di attività meccaniche che puntano ad un risultato (in termini di decisione giudiziale) destinato a sovrapporsi

---

[289] Luciani, *La decisione giudiziaria robotica,* cit., 872.

A proposito di tale primo interrogativo risponde Luciani. «La prima (liberare gli esseri umani dal peso del lavoro) può essere messa agevolmente da canto […] Non si tratta semplicemente di rammentare che il lavoro è un essenziale fattore identitario, così decisivo che la sua precarizzazione e parcellizzazione, con la disoccupazione e la sottoccupazione, sono all'origine di quella grave "crisi del rappresentato" che (più ancora dell'innegabile crisi di qualità del rappresentante) ha inceppato il meccanismo della rappresentanza politica. Più prosaicamente, si tratta di questo: se possiamo essere lieti che un robot faccia al posto nostro un lavoro non gratificante (spaccare pietre, pulire gabinetti, etc.), dubito che lo siamo altrettanto se il lavoro dal quale veniamo "liberati" è di soddisfazione e ci consente di esercitare un bel po' di potere […]. Il lavoro dal quale aspiriamo che il robot ci liberi, insomma, è solo quello delle "tre D" del dibattito anglosassone: *dull*, *dirty*, *dangerous*, non il lavoro che ci dà soddisfazione e nel quale ci sentiamo realizzati. Anche se la resistenza del lavoratore umano alla sostituzione da parte di un robot più efficiente è in genere destinata al fallimento, le sue *chances* di successo aumentano quando a gestirla sono ceti socialmente forti e culturalmente attrezzati» (Luciani, *La decisione,* cit. 873-874). L'osservazione può anche leggersi in altro modo. La gratificazione può rinvenirsi in ogni attività, manuale o intellettuale che sia; tutto dipende dall'apprezzamento che trova l'individuo nello svolgere una certa attività; sicché anche un lavoro manuale può gratificare se svolto con soddisfazione ed impegno. Tuttavia, si può comprendere che la scienza punti a sostituire l'uomo con il robot innanzi tutto per lo svolgimento di lavori manuali, in cui lo strumento meccanico può sollevare la persona da uno sforzo fisico che rischia altrimenti (potenzialmente) di arrecare danni alla salute. Vista così, la robotizzazione di talune attività ha il pregio di migliorare la qualità della vita ed è senz'altro da supportare (anche al costo di negare opportunità lavorative, laddove interi ambiti professionali sono trasferiti alle macchine). Diverso il discorso quando ad essere coinvolto è l'intelletto umano. La mente dell'uomo è l'eccellenza (tanto che è proprio la mente umana ad aver costruito e sviluppato l'IA), sicché sostituirla con un algoritmo può avere un senso nei limiti in cui ciò produca un miglioramento nella qualità della vita.

[291] Luciani, *op. loco cit.*

ed a prevalere su quello umano. Qui emerge l'insoddisfazione di chi ravvisa in un tale esproprio delle competenze umane il pericolo di oltrepassare i limiti, con il conseguente rischio che le professioni legali finiscano per soccombere di fronte al dominio delle macchine.
C'è da chiedersi che senso abbia immaginare la riproduzione artificiale del ragionamento sillogistico. Non si tratterebbe qui di semplificare, agevolare, supportare l'operato del giudice o degli avvocati; si tratterebbe piuttosto di soppiantare il loro ruolo, dal momento che un giurista privato della discrezionalità valutativa finisce per non essere più tale. Il professionista della legge costretto a rinunciare al ragionamento giuridico non è un giurista, la professionalità è stravolta. Se ne può richiedere una specializzazione informatica – essendogli imposte competenze tecniche legate alla necessità di dialogare con la macchina – ma di certo viene meno il profilo giuridico che un tempo ne faceva figura di spicco nel contesto ordinamentale e sociale.
Le classiche professioni legali perdono la loro identità, se sottoposte all'esproprio delle valutazioni cognitive discrezionali. Un esempio per tutti. Ai sensi dell'art. 116 c.p.c., il giudice deve valutare le prove «secondo il suo prudente apprezzamento». È impossibile incasellare nelle rigide valutazioni robotiche il «prudente apprezzamento». Si dirà allora che la sostituzione della mente umana con quella robotica – quando portata ad estreme conseguenze – non è solo (e non è tanto) espressione di un nuovo modo di intendere il ruolo dei professionisti del processo, quanto segna la drastica e definitiva perdita di quella professionalità.
Quanto alla seconda utilità individuata da Luciani[292] nella decisione robotica (erogare prestazioni più efficienti di quelle che sono fornite dall'elemento umano), essa in effetti ben si cala nel settore giustizia, quale contesto che sperimenta da anni un eccessivo carico di lavoro[293].
Tuttavia, si insinuano qui alcune criticità su cui vale la pena riflettere. Nulla volendo togliere ai pregi della decisione robotica sotto il profilo dell'efficienza nel risultato di giustizia, un (contra)peso non indifferente va riconosciuto nell'incremento dei costi di cui essa è causa, incremento che «ha un certo rilievo, perché le spese di progettazione, esecuzione e manutenzione di una struttura robotica possono essere assai ingenti e sarebbe opportuno calcolarle attentamente prima di affermare con sicurezza che la soluzione robotica sarebbe economicamente più vantaggiosa»[294].
Occorre guardare al ruolo di giudice e avvocati al cospetto di una decisione robotica migliorativa sul piano della qualità e rapidità della decisione, ma non a costo zero. Anche sotto questo profilo la posizione dei professionisti legali è in fase di cambiamento. È inevitabile che la robotizzazione del sistema giustizia abbia un costo, il quale finisce per gravare sui fruitori del servizio: i clienti dell'avvocato, le cui parcelle dovranno tenere conto dei costi aggiuntivi dovuti all'informatizzazione dell'attività professionale, e le parti del processo al cospetto di uffici giudiziari costretti a sostenere spese aggiuntive (a carico dello Stato, ma con ripercussioni evidenti sui cittadini) per realizzare l'informatizzazione. È allora anche questo un profilo da considerare nel momento in cui giudice e avvocati si avvicinano alle parti. Qui si va oltre il tema di chi ha torto e chi ha ragione; qui il compito di giudice e avvocati è quello di spiegare perché la tutela

---

[292] Luciani, *op. cit.*, 874.

[293] Essa «sembra più plausibile: non a caso si è preconizzato che, in settori che sperimentano «condizioni di eccessivo carico di lavoro del sistema", tra i quali rientrerebbero "certamente il settore sanitario e quello della giustizia", i robot avranno "larghissima diffusione"» (Luciani, *op. cit.*, 874).

[294] Luciani, *op. cit.*, 875.

giurisdizionale (quand'anche robotizzata) si rivela così costosa. Quello dei costi, in verità, è un tema con cui i professionisti del processo sono ormai abituati a dialogare[295]; esso tuttavia, lungi dall'evaporare al cospetto della sostituzione della persona con l'algoritmo, tende in questo ambito ad accrescere di valore.

La terza funzione della decisione robotica (su cui si sofferma Luciani) è di garantire certezza giuridica. Si tratta, secondo l'A., della funzione di gran lunga più importante. È indubbio che «l'esigenza oggettiva di certezza, con il suo connesso profilo soggettivo dell'affidamento, si colloca autenticamente al centro degli ordinamenti contemporanei» [296]. Certezza vista in termini di «esattezza della decisione»[297]. Certezza intesa anche come «calcolabilità»: secondo l'A., la prospettiva robotica e la sua proiezione verso la certezza in termini di «calcolabilità» è utile e perseguibile. Tuttavia, i dubbi che la decisione robotica possa giustificarsi e al contempo trarre linfa vitale nella certezza non mancano[298].

Varie le ragioni che impediscono di rendere indiscutibile il binomio certezza=decisione robotica. La certezza non fa parte della decisione giudiziale, per diverse ragioni che Luciani non esita a descrivere[299]. Sicché, il tanto affannarsi per la ricerca di certezza intorno alla decisione robotica finisce per essere illusorio; con la conseguenza che, inseguendo una prospettiva di certezza che neanche l'algoritmo consente di assicurare, diventa eccessivo il prezzo che grava sui protagonisti della scena processuale, i quali – chiamati ad abdicare ai loro poteri, alla loro discrezionalità nel nome della certezza – sarebbero costretti a subire il peso enorme di un consistente mutamento nelle abitudini e nella professionalità senza alcuna garanzia di risultato intorno al guadagno in termini di certezza della decisione[300].

13.3. In difesa delle professioni legali al cospetto dell'IA.

Tra i sostenitori ad ogni costo dell'IA e i suoi detrattori il campo è aperto. Al mezzo tra gli uni e gli altri si collocano i più: quelli che assumono posizioni intermedie, che ne comprendono i pregi, ma al contempo ne individuano i pericoli, qualora alla deriva verso la robotizzazione dell'esistenza non si pongano limiti (seppure è incerta l'individuazione di tali limiti).

---

[295] Ho già più volte accennato a come il legislatore delle ultime riforme insista sul profilo dei costi allo scopo di scoraggiare un abuso del processo.

[296] Luciani, *op. loco cit.*

[297] Luciani, *op. cit.*, 879.

[298] Luciani, *op. cit.*, 882.

[299] Pur senza riconoscere valore centrale alla discrezionalità del giudice, vi sono i temi della ricerca dei fatti rilevanti per la fattispecie, quello del possibile errore robotico, quello dell'interpretazione, quello della ricerca dei precedenti, quello del raffronto tra le norme, quello della professione dell'avvocato, la quale – al cospetto della decisione robotica – finirebbe per essere considerevolmente ridimensionata. Tutti profili che consentono di escludere che la decisione robotica – diversamente da quella umana – possa condurre alla certezza del risultato. Su questi aspetti, cfr. anche, Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo,* cit., 187.

[300] «Una volta di più, il problema non è di innovazione legislativa o di rivolgimento scientifico, ma di approccio culturale. E noi giuristi possiamo controllare (e criticare) la cultura di un giudice ben più facilmente di quanto possiamo fare con la cultura di un ingegnere, di un matematico, di un programmatore. Per esser chiari: se devo scegliere qualcuno di cui *non* fidarmi, personalmente, scelgo il giudice. E scelgo che sia un essere umano. Umano e consapevole dell'importanza, certo, ma anche dei limiti, della sua funzione» (Luciani, *op. cit.*, 893).

È indubbio che quella dell'IA è una realtà dalla quale non si può sfuggire, ormai parte integrante dell'individuo, quale che sia il ruolo che riveste, nel mondo del lavoro, come anche in ogni altro ambito della quotidianità (non ultima la posizione di genitori, per i quali la difficoltà maggiore non è più assicurare al proprio figlio una corretta educazione, una formazione morale e intellettuale, ma evitare che ci sia qualcun altro che lo faccia al proprio posto attraverso i social e tutti gli altri strumenti di comunicazione a distanza che si insinuano nel quotidiano dei giovani pur dentro le mura della propria casa).
Una realtà, d'altra parte, della quale non si possono nascondere i pregi, al cospetto di un progresso tecnologico che ha migliorato la qualità della vita. Per restare nel mondo giuridico, è indubbia la semplificazione per avvocati e giudice nella gestione di ogni singolo fascicolo, supportati dalle più agili modalità di comunicazione – consegnate al processo telematico – da una più immediata consultazione delle fonti, dei repertori di giurisprudenza e dottrina, da un processo che taglia le distanze geografiche facilitando il dialogo diretto tra professionisti collocati in luoghi tra loro molto lontani.
Per aprire lo sguardo ad altre professionalità – pur sempre appartenenti al mondo del diritto (e oltre esso) – è un'evidenza come pure la ricerca scientifica abbia tratto vantaggio dalla possibilità di acquisire informazioni dall'etere. Sebbene, va pur detto, la cultura che circola per via telematica nasconde un pericolo: quello di perdere il desiderio di guardare alla storia, fermandosi alla consultazione delle banche dati, alle informazioni spot, e così dimenticando il fascino dei polverosi volumi che raccontano le vicende dei padri, volumi indispensabili per comprendere il presente (il quale, d'altra parte, spesso non fa che riproporre le esperienze del passato).
Anche la didattica ha tratto non poco vantaggio dall'informatizzazione[301]. Penso alla didattica a distanza, non solo perché ha consentito di restare a galla (in maniera più o meno corretta, ciascuno con i propri mezzi) nei tempi di crisi pandemica[302], ma anche perché è questo un metodo che può avere una funzione inclusiva, ogni qualvolta esso consente a studenti impossibilitati dal frequentare gli istituti di formazione – scuole o università – per ragioni di salute, perché costretti a lunghe degenze in ospedale, di partecipare in ogni caso alle lezioni e sentirsi inseriti del gruppo classe nonostante la distanza[303]. Per non dire che i sistemi informatici hanno stravolto il metodo della didattica non meno che dell'editoria.
Tornando, per quanto qui interessa, sulla professionalità di avvocati e giudice, è dunque un dato acquisito quello dei vantaggi realizzati dall'IA. Vi sono però degli aspetti di tale fenomeno erroneamente proposti come vantaggi e che invece nascondo le più significative criticità. Si legge che l'IA consente di rendere più distaccato (indipendente, terzo e imparziale) il giudicante (che

---

[301] Il tema è stato oggetto di un interessante Seminario di studi organizzato il 14 aprile 2023, dall'AISPC, presso l'Università di Roma Tre, dal titolo "*Metodi di insegnamento del diritto processuale civile nel tempo dell'incertezza legislativa*" (vd. a proposito dell'insegnamento della mediazione nelle università la relazione di Bove, *Insegnare la mediazione nell'università*).

[302] Se giustificata da situazioni emergenziali, la didattica a distanza è bene che resti un'esperienza episodica dalla quale fuggire al momento in cui l'emergenza viene meno, non facendo ombra alla didattica in presenza che meglio assicura il contatto diretto docente/discente. Diversamente, il metodo a distanza è ragione fondante delle università telematiche, istituzionalmente costruite con tale finalità, che pure ha riscosso in tempi recenti un discreto successo, rispondendo alle esigenze di talune categorie di studenti impossibilitati alla frequenza.

[303] Su questi temi si orientano i più recenti studi della scienza della formazione (vd. per tutti, Mangino, *Il ruolo delle tecnologie nella scuola digitale: dalla didattica a distanza, alla didattica dell'"inclusione",* dissertazione di laurea, 11 marzo 2022).

diventa a questo punto un algoritmo), perciò non più esposto al rischio (tipico delle menti pensanti) di essere condizionato nella decisione dalle pulsioni individuali, dai propri sentimenti, dalle sue emozioni, dai condizionamenti intimi del proprio vissuto e della propria personalità[304]. A me sembra che questo, più che un vantaggio, si riveli uno dei peggiori pericoli che si nascondono dietro la robotizzazione del processo[305]. È vero, il giudice che decide è condizionato dal suo essere persona; il che espone certamente al rischio che la decisione sia resa attraverso il diaframma delle pulsioni personali. È questo però un rischio calcolato che fa parte del processo dalla storia dei tempi, un processo da sempre fatto di persone, di protagonisti che si presentano sulla scena per quello che sono[306]. Se volessimo automatizzare la decisione (per avere la certezza che il giudice robot sia davvero terzo e imparziale), dovremmo automatizzare anche le reazioni delle parti, immaginando che, se la sentenza fosse davvero giusta, perché frutto di calcoli algoritmici inattaccabili, non dovrebbe sussistere spazio per le impugnazioni[307]. Siamo evidentemente nel mondo della fantascienza, troppo lontano da quello popolato dai giuristi.
Sono tornata più volte, in precedenza, sulla necessità che, quale che sia il modello processuale prescelto (ivi inclusi i metodi alternativi di componimento della lite), resti sempre un bene da preservare l'incontro delle parti (gli avvocati) in condizioni di parità: tra tutte le garanzie, il contraddittorio primeggia, affinché l'attività processuale sia resa nella consapevole partecipazione – in condizioni di parità – dei soggetti interessati[308]. Tutto ciò sarebbe destinato a perdersi al cospetto di un processo gestito da algoritmi e fondato su calcoli matematici. Il contraddittorio ha senso se le parti sono poste alla presenza di un giudice pensante, il quale non sarebbe tale in assenza di margini di discrezionalità nel decidere, pure se al prezzo di un suo condizionamento (perché no?) da pulsioni personali; è per questo che le parti (i loro avvocati) devono lavorare per convincerlo della fondatezza delle proprie pretese. Se ciò dovesse cedere di fronte alla prepotenza dell'algoritmo, la conseguenza sarebbe il venir meno del processo nella sua genuinità. La decisione non sarebbe una decisione, ma la soluzione di una equazione, il giurista non sarebbe più tale, ma un informatico-matematico il cui compito sarebbe solo immettere correttamente i dati nella macchina.
E che dire delle regole processuali? Tra le disposizioni di diritto positivo, quelle sul processo sono (dovrebbero essere) le più geometriche e stringenti: applicazione di termini, successione di atti, il

---

[304] Nieva Fenoll, *La tecnologia e i diritti fondamentali,* cit., 41 si interroga circa la possibilità che tramite l'IA si eviti che la legge sia manipolata *a posteriori,* venendo invece applicata con la sua intenzione originale.

[305] Per non dire che l'IA non potrà mai sostituire l'intelligenza umana proprio perché vi sono delle pulsioni personali che appartengono a quest'ultima e che non sono riproducibili dalla prima (così ad esempio per le intuizioni). Cfr. Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo,* cit., 173.

[306] Osserva Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo,* cit., 184: «Dico subito che questa evenienza [ndr. che la decisione giudiziale sia affidata ad un giudice robot] rappresenta quanto di più lontano io possa immaginare come consono all'esperienza ed al mistero del processo, nel quale si celebra una vicenda della vita, con il suo portato di emozioni, di sensazioni, di sentimenti, che certamente una macchina non potrà mai registrare, perché è ciò che rende unica l'umanità. Pensare di poter trasformare l'agone giudiziale, nella quale i protagonisti vedrebbero realizzarsi il contraddittorio in funzione di una decisione presa poi asetticamente da un giudice robot, significa abdicare a quanto di umano vi è in quella esperienza che come tutte quelle della vita, merita di essere giocata quale occasione di confronto e di relazione tra i soggetti coinvolti, compreso il giudice».

[307] Di contro, come visto *retro* § 13.1, proprio l'introduzione dell'IA è causa di nuovo contenzioso e motivo di ulteriori impugnazioni. Cfr. Fenoll, *La tecnologia e i diritti,* cit., 49.

[308] In recenti studi si è visto come il contraddittorio sia anche la cartina di tornasole nel gestire l'ordine di esame delle questioni nel processo civile (Fanelli, *L'ordine delle questioni,* cit., *passim*).

più possibile precisamente descritti dalla legge. La realtà dimostra che non è così. Innanzi tutto perché il giudizio è una successione di atti non in quanto tali, ma in quanto corredata dalle garanzie del "giusto processo", *in primis* il contraddittorio[309]; poi anche perché – come esposto più volte in queste riflessioni – la tendenza dei nostri giorni è di rendere disponibili le regole processuali anche più di quanto lo consenta la legge. Ho parlato di un processo inclusivo, di una giustizia contrattualizzata, della negozialità che si riversa non solo sulla disciplina sostanziale applicata al caso concreto, ma anche sulle regole del giudizio, che – secondo i più moderni intendimenti – dovrebbe lasciarsi condizionare dalla volontà delle parti oltre che dalla disponibilità del giudice ad accogliere tale volontà. Che ne sarebbe di quella negozialità che oggi trova spazio nelle aule di giustizia (per la gestione, tanto del rapporto sostanziale, quando delle regole dinamiche), nelle forme della giustizia contrattualizzata? Che ne sarebbe del «canovaccio della commedia dell'arte» con cui Calamandrei descrive il processo? Ci si deve interrogare su cosa ne sarebbe di tutto questo se l'IA prendesse così pesantemente il sopravvento da schiacciare ogni discrezionalità individuale[310].

Ci sono due venti opposti che dominano oggi la scena processuale: quello che tende a contrattualizzare le dinamiche giudiziali (incrementando gli ambiti della discrezionalità del giudice ma anche delle parti) e quello che incastra entro regole algoritmiche ogni potere valutativo.

Ottimisticamente, mi piace pensare che tra le due tendenze prevarrà la prima, che alla deriva che implica la soppressione di ogni discrezionalità non si arriverà mai: è una deriva che non può piacere. *In primis* non piace a magistrati ed avvocati che, se amano il proprio lavoro, non potranno rinunciare a riversare il loro più intimo apporto (personale ed umano) nella gestione della lite.

Il tema non è quello di segnare i giusti confini tra legge e giurisprudenza, tra fonti del diritto e loro applicazione. Qui si tratta semplicemente di difendere il processo per quello che è: un luogo in cui si incontrano persone che dialogano tra loro (in maniera più o meno accesa, in presenza, per via cartolare o telematica), nel rispetto e nella fiducia reciproche, nel contraddittorio. Altro il processo non può essere perché non sarebbe più tale; e neanche giudice e avvocati troverebbero più il loro posto in questo stravolto mondo artificiale[311].

---

[309] Che il contraddittorio sia il perno del processo fa parte del comune sentire. Il tema risente della tradizionale distinzione tra "procedimento" e "processo", la cui linea di confine è tracciata proprio dall'imposizione o meno della garanzia del contraddittorio. Queste le riflessioni storiche di Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale civile,* Padova, 1996, 77-83, di recente richiamate in un articolato dibattito intorno all'esigenza di una loro "attualizzazione" (vd. in proposito, Panzarola, *Processo, procedimento e* judicium *(brevissime osservazioni a margine di una celebre dottrina). Invito al dibattito,* in *Il processo,* 2021, 217; Id., *Processo, procedimento e* judicium *(brevissime osservazioni a margine di una celebre dottrina)*, in *Processo e procedimento. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti,* a cura di Martino, Panzarola, Abbamonte, Milano, 2022, parte IV, 441; Sassani, *Il discorso interrotto. Il diritto processuale e il suo oggetto al tempo del* right to a fair trial, in *Il processo,* 2022, 1 ss.; e in *Processo e procedimento,* cit., parte IV, 425; Tiscini, *Ulteriori brevi riflessioni intorno a un discorso interrotto... tra processo, procedimento e* judicium, in *Judicium.,* 2022, 493 ss.).

[310] Questi gli interrogativi di Ghirga, *La giustizia "piovuta" dal cielo,* cit., 169.

[311] Ci piace a tal proposito riportare le parole di Francesca Ghirga: «Ecco, penso che il punto sia proprio questo: decidere è un atto di imperio che non ha una portata relazionale; giudicare è un'esperienza della vita che mette le persone in relazione tra loro perché il giudizio è giusto quando si è celebrato nel contraddittorio pieno dei soggetti coinvolti, che sono e devono restare uomini, quegli stessi uomini che, come granelli di sabbia rappresentano lo spettacolo variopinto del mondo, sempre uguali e sempre diversi anche nel loro cercare giustizia, "come le dune spinte dal vento nel deserto, secondo l'immagine suggerita da Calvino"» (Ghirga, *La giustizia,* cit., 194).